



Andrés Felipe Sánchez D.

Obstáculos para el ejercicio
de la negociación colectiva
en Colombia



Andrés Felipe Sánchez

**Obstáculos para el ejercicio
de la negociación colectiva
en Colombia**

Escuela Nacional Sindical, 2008

Calle 51 N° 55-78

Tel.: 513 31 00 - Fax: 512 23 30

E-mail: fondoeditorial@ens.org.co

www.ens.org.co

Apartado Aéreo 12 175

Medellín, Colombia

Obstáculos para el ejercicio de la
negociación colectiva en Colombia

Andrés Felipe Sánchez D.

ISSN: 1794-9270

Este documento se ha realizado con el apoyo de



CONTENIDO

1. Definición y objeto de la negociación colectiva en Colombia .	5
1.1 Primer paso de la negociación colectiva:	6
1.2 Segundo paso de la negociación colectiva:	10
1.3 Tercer paso negociación colectiva:	13
1.4 Cuarto paso (en falso) de la negociación colectiva:	50
2. Las leyes sobre negociación colectiva en Colombia, fueron creadas bajo una concepción restringida del derecho de negociación.	55
2.1 Código Sustantivo del Trabajo CST	55
2.2 Ley 278/96 modificado por la Ley 990/05, una ley de dialogo social	79
2.3 Reglamento interno de trabajo, Ley 1010/06	82
3. Definición de negociación colectiva desde OIT.	85
4. Obstáculos del derecho a la negociación colectiva	91
5. Propuesta de regulación normativa	97
5.1 Frente a la negociación colectiva en general	98
5.2 Frente a la negociación colectiva por rama o actividad económica.	100
5.3 Frente a la negociación colectiva en empleados públicos . .	106

1. DEFINICIÓN Y OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN COLOMBIA

Resulta de vital importancia poder dar una definición de la negociación colectiva para poder determinar su alcance y protección, e incluso para determinar la importancia de este derecho dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo existen diversos elementos que podrían generar un debate acerca de dicha definición, y por ende limitar el alcance del derecho de negociación colectiva en la práctica. Presentaremos la evolución del concepto de negociación colectiva, partiendo del objetivo trazado por la Organización Internacional del Trabajo, fomentar y alcanzar medidas apropiadas que permitan lograr el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva conforme a los convenios sobre esta materia.

La definición de la negociación colectiva en Colombia ha progresado en los últimos 18 años con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, sin embargo los avances conquistados no logran alcanzar la protección de la negociación colectiva que se predicen de los Convenios 87, 98, 151 y 154 de OIT ratificado por Colombia, como presentamos a continuación

1.1 Primer paso de la negociación colectiva:

El derecho a la negociación colectiva en la asamblea constituyente de 1991, un derecho de todos los trabajadores

En 1991 Colombia realiza una asamblea constituyente, la cual por primera vez da rango constitucional al derecho de negociación colectiva, sin embargo existió un arduo debate sobre el reconocimiento y alcance del derecho de negociación. La parte minoritaria de los constituyentes defendieron una posición amplia tomando como partida los convenios OIT ratificados por Colombia, en la Gaceta Constitucional No 45 se trajo la ponencia de dichos constituyentes sobre asociación sindical, negociación colectiva y huelga:

“Los derechos sindicales son parte integrante de los Derechos Humanos y éstos, a su vez, son factores esenciales e indivisibles de la democracia...”

Negociación Colectiva y Concertación Laboral

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue el único organismo intergubernamental que sobrevivió a la Segunda Guerra Mundial. El secreto radicó en el tripartismo, el ser un centro de diálogo y entendimiento entre gobiernos, empresarios y trabajadores. Por ello, toda la legislación internacional que dicho organismo ha expedido hasta hoy y que se expresa en los centenares de convenios y recomendaciones, deben mirarse como el resultado de la pluralidad, tolerancia, flexibilidad y concertación entre sectores que presentando intereses diferentes, llegaron a encontrar los puntos que les eran comunes, no sólo a ellos sino necesarios para el fomento y desarrollo de las relaciones a nivel mundial.

Sin embargo, lo más importante, es cómo generar en todo el país la práctica del diálogo y la concertación que por muchos años nos ha enseñado la OIT. Infortunadamente, como lo hemos afirmado, la actual constitución política no dice nada sobre temas tan vitales para las relaciones laborales, como lo

son la negociación colectiva y la concertación laboral. Pero no partimos de cero. En Colombia existen muchas experiencias, positivas y negativas, en materia de negociación y concertación laboral. El derecho a la negociación colectiva está contemplado en la legislación laboral para los trabajadores, a excepción de los empleados públicos. Existe, también, un organismo tripartito de concertación, el Consejo Nacional Laboral, que infelizmente no tiene poder decisorio, se ha reducido a la discusión del salario mínimo y no cuenta para nada como organismo rector en el desarrollo de las relaciones laborales. Esto posiblemente explica, en parte, su debilitamiento y sus fracasos llegar a acuerdos concertados en los últimos años.

Esa realidad es la que creemos recoge las propuestas que, en materia laboral, surgieron en las mesas de trabajo, lo mismo que varios proyectos de reforma constitucional, cuando insisten en la necesidad del diálogo, de la concertación y de los acuerdos, como forma de evitar los conflictos laborales y de afianzar un clima de tranquilidad social. Es un derecho y una práctica que consideramos debe hacerse extensiva a todos los trabajadores, incluyendo a los empleados públicos, por cuanto es muy negativo que a estos trabajadores se les siga dando un tratamiento de ciudadanos de segunda categoría con relación a algunos derechos laborales. Fomentar el diálogo, la negociación y la concertación en el campo laboral y social, es una buena práctica y un buen principio, que mucho nos puede contribuir a encontrar formas civilizadas de solución a los graves problemas sociales que hoy se viven en Colombia y a consolidar un clima de tranquilidad y de paz ciudadana.

...

artículo propuesto 3°. Se garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y de los empleadores. Los acuerdos tendrán fuerza de Ley para las partes. Artículo 4°. Una comisión permanente integrada por el Gobierno, representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las relaciones laborales, contribuirá a

la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales”

Esta posición de algunos constituyentes, que no fue la aceptada, implica varios elementos a considerar: i) la negociación colectiva debe ser elevada a rango constitucional; ii) debe ser aplicada a todos los trabajadores, incluyendo empleados públicos excluidos por leyes anteriores a la asamblea constituyente; iii) el fomento del dialogo y la concertación como elemento democrático de solución de conflictos laborales; iv) la creación de una comisión permanente tripartita; v) le daría fuerza de ley a los acuerdos alcanzados entre las partes.

Sin embargo esa posición no resulto vencedora, en la Gaceta Constitucional No 85 se refleja:

“Negociación colectiva

La finalidad propia de las asociaciones de trabajadores y de empleadores es celebrar negociaciones colectivas sobre las condiciones materiales, económicas y jurídicas en que debe realizarse el trabajo. Por tanto, una vez elevado a la categoría de norma suprema el derecho de asociación deviene imperativo establecer por Constitución el derecho a la negociación colectiva, ya existe en el Código Sustantivo del Trabajo.

Serán sujetos intervinientes en dicha negociación: por una parte, los sindicatos, las asociaciones o los trabajadores no organizados: y por otra parte los empleadores, singular o colectivamente considerados. El objeto de las convenciones, convenios, pactos, contratos o acuerdos ha de ser en todo caso la regulación de asuntos directa o indirectamente referidos a las relaciones laborales en los distintos sectores de la economía.

En el proyecto acogido mayoritariamente por las comisiones se dispone que la ley señalará las excepciones al derecho de negociación colectiva, las cuales en la actualidad se derivan del régimen legal que cobija a ciertos trabajadores en razón de su vinculación al servicio público. Algunos constituyentes consideran, y en este sentido se apartaron de la

excepción consignada en la norma, que los artículos laborales contemplados en la nueva Constitución Política deberían cobijar a todos los trabajadores colombianos, tanto del sector privado como público, salvo las excepciones referidas a las Fuerzas Armadas y de Policía.

Un grupo minoritario de constituyentes considera de gran importancia la creación de un artículo constitucional referido a la existencia de un organismo de concertación laboral, que en su opinión mucho contribuiría a evitar conflictos laborales y a generar una nueva concepción en las relaciones laborales”

Allí se muestra como el debate de los assembleístas generó disposiciones que pueden ser cuestionables desde las normas laborales internacionales, el derecho a la negociación colectiva se vio limitado en varios sentidos: i) no se dieron nuevos alcances al derecho de negociación colectiva, por el contrario se elevó a la constitución el mismo derecho que traía la ley; ii) se limitaron los sujetos de negociación, excluyendo al sector público; iii) en ese sentido se limitó el objeto de los acuerdos firmados a asuntos directos o indirectamente referidos a relaciones laborales, excluyendo asuntos sociales¹; iv) Se aceptaron las limitaciones de ley al derecho humano de negociación colectiva, es decir que continuarían las limitaciones preexistentes, v) Sin embargo la consagración como constitucional tuvo fundamento en el convenio 87 de OIT ratificado por Colombia y la exclusión de empleados públicos se fundamentó en una interpretación restrictiva del art. 6 del convenio 98 de OIT.

Siendo estos los motivos de los assembleístas podría verse un futuro muy oscuro para el derecho de negociación colectiva, sin embargo las actas y la gaceta constitucional no son por sí solas vinculantes, y mucho menos que hagan parte del bloque de constitucionalidad, la naturaleza y alcance del derecho de negociación colectiva lo desarrolla el art.55 de la CP. Interpretado armónicamente con el resto de la constitución

1. Si bien también se excluyeron los asuntos políticos, estos no tienen protección derivada de los convenios de OIT, como sí existe dicha protección respecto a los asuntos sociales.

por parte de la Corte Constitucional Colombiana (T-002/92, T-406/92, T-418/92), por tanto el alcance del derecho de la negociación colectiva dependerá del texto efectivamente aprobado en la constitución y de la interpretación que haga la Corte Constitucional.

1.2 Segundo paso de la negociación colectiva:

La negociación colectiva en la constitución política, una mirada armónica con la constitución “democrática, participativa y pluralista”
Art. 1 C. P.

Art. 55 C. P. “Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”

Por primera vez se eleva a derecho constitucional la negociación colectiva, y esto implica una especial relevancia pues la Constitución Política entra en 1991 como la norma de normas, posición normativa que no tenía la constitución de 1886, generando para el derecho a la negociación colectiva una puerta para desarrollarlo, pero no una nueva herramienta de protección pues continuó vigente el Código Sustantivo de Trabajo con todas las limitaciones que este consagra.

El derecho de negociación colectiva del artículo 55 de la constitución, esta configurado de manera amplia para aplicar a todas las relaciones laborales, y no solo a las derivadas de los contratos de trabajo, ni limitándose a celebrar convenciones colectivas, pero aceptando que la Ley establezcan restricciones que sean conforme a la constitución.

Sin embargo en la legislación Colombiana sólo esta consagrado un modelo de negociación colectiva, el CST el cual sólo consagra de manera restringida, un procedimiento para la firma de convenciones colectivas o la posibilidad de firmar pactos colectivos, es un derecho de negociación limitado.

El derecho protegido por la constitución no se puede agotar en ese

rígido modelo, como tampoco en la firma de convenciones para los pocos trabajadores que las puedan firmar, la protección del derecho a la negociación colectiva se da para todo tipo de diálogos y negociaciones que se deriven de las relaciones de trabajo, mas no simplemente de los contratos de trabajo, se viola el derecho de negociación colectiva si se niega para trabajadores con contratos diversos al laboral.

Así entendido en sentido amplio el artículo 55 de la C. P. debe proteger (i) la negociación colectiva para firmar convenciones colectivas y pactos colectivos, la cual es una forma de negociación bipartita o tripartita para generar obligaciones entre las partes, (ii) como el dialogo, según OIT “diálogo social abarca todos los tipos de negociación de consulta o, simplemente, de intercambio de información entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores acerca de cuestiones de interés común en materia de política económica y social. Así pues, el dialogo social es el instrumento idóneo par promover mejores condiciones de vida y de trabajo y una mayor justicia social.”²²

Hay que sumar elementos, pues interpretando de manera amplia la negociación colectiva del art. 55 de la C. P. nos quedaríamos cortos, pues existen otros artículos constitucionales estrechamente ligados con el derecho de negociación colectiva, así:

Art. 39 C. P. derecho de asociación sindical: el cual protege a los trabajadores para que constituyan organizaciones que estimen convenientes, teniendo por finalidad la defensa de los intereses comunes. La defensa de esos intereses se da por diversos medios como la firma de convenios, pactos colectivos, o la adopción de reglamentos, todos bajo la protección común del derecho de negociación.

Art. 53 C. P. “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”: esta norma resulta de vital importancia para el alcance del derecho de nego-

2. OIT-Diálogo social, todos juntos por el trabajo decente”

ciación, pues Colombia ha ratificado los convenios 87, 98, 151, 154 de la OIT, todos ellos con elementos del derecho de negociación, pero con una aplicación muy limitada o nula, como se vera mas adelante.

Art. 56 C. P. que crea una Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales, la cual es un organismo constitucional de composición tripartita y que tiene por competencia fomentar las buenas relaciones laborales, contribuir a la solución de conflictos colectivos de trabajo y concertar políticas salariales y laborales. Es decir una herramienta de aplicación del derecho de negociación en sentido amplio, pues implica participación en conflictos colectivos que pueden concluir en la firma de convenciones o pactos colectivos, derecho de negociación limitado, pero de igual forma el dialogo frente a la determinación del salario mínimo y competencia para participar en las demás políticas y normas que traten sobre derecho laboral, negociación en sentido amplio.

Además se debe mencionar que el preámbulo y el art. 1 de la C. P., protegen el trabajo, la dignidad y la solidaridad como principios y finalidades que se buscan en el Estado Social de Derecho, modelo de Estado que también es democrático y participativo. Por tanto sería contrario a la Constitución desanimar o disuadir la negociación colectiva de las relaciones laborales, la obligación que ha asumido el Estado es de fomentar o estimular la negociación de mejores condiciones de trabajo.

La negociación colectiva que protege la constitución es un derecho en sentido amplio, en principio esta consagrado con libertad en los temas y sin imponer algún modelo específico de negociación, sin embargo es una regla que tiene algunas excepciones, por el momento se mencionaran dos en particular.

Por una parte el Acto Legislativo 01 de 2005 que adiciona al art. 48 de la C. P. elimina los regímenes pensionales especiales o exceptuados, estableciendo que las condiciones para alcanzar el derecho a la pensión solo serán establecidas por la Ley, con excepción del régimen presidencial, los regímenes especiales de la fuerza pública, y los regímenes especiales alcanzados antes del 31 de julio de 2010. Esta norma

no fue creada por la asamblea constituyente, sino por el congreso de la republica, contrariando el derecho de negociación colectiva como lo ha expresado el comité de libertad sindical de la OIT (Informe 349 y 344 Caso 2434)

Por otra parte es necesario aclarar que la negociación colectiva para trabajadores del Estado tiene restricciones constitucionales que limitan algunos temas de la negociación colectiva, o que impiden la adopción de ciertos modelos de negociación, por ejemplo la firma de convenciones colectivas para establecer salarios, pues se establecen a través de leyes. Algunos artículos que limitan la negociación colectiva son: en el empleo público art. 122 y 123 que establece que las funciones están reguladas por Ley o reglamento, el 124 que determina la responsabilidad de servidores públicos por ley, el 125 que impone empleos de carrera, el 131 que impone la reglamentación por ley del servicio público de notarios definiendo el régimen laboral de sus empleados, el art. 150 numeral 19 literal e) que establece que solo por ley se fija el régimen salarial y prestacional de empleados públicos, miembros del congreso, y fuerza pública, el art. 150 numeral 19 literal f) de la misma forma el régimen de prestaciones mínimas de trabajadores oficiales, el art. 189 numeral 14 que da competencia al presidente crear, suprimir o fusionar empleos conforme a la ley, y fijar dotaciones y emolumentos de trabajadores de la administración central, Art. 300 numeral 7 las asambleas departamentales son competentes para determinar funciones y las escalas de remuneración correspondientes a sus diferentes categorías de empleos a través de ordenanzas, Art. 305 los gobernadores tienen competencia para crear, suprimir o fusionar empleos de sus dependencias, Art. 313 los consejos municipales son competentes para determinar funciones y escalas de remuneración correspondientes a sus diferentes categorías de empleos.

1.3 Tercer paso negociación colectiva:

Entre la evolución y los retrocesos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana –CCC-

Si bien han sido pocas las sentencias expedidas por la CCC sobre negociación colectiva, han sido sobre importantes normas nacionales como internacionales, permitiendo un amplio desarrollo de este derecho. Como hemos anunciado, elevar a nivel constitucional el derecho de negociación colectiva, y de la manera tan abierta que se consagro por el constituyente, ha implicado un amplio margen para el juez constitucional para definir el alcance del mismo, existiendo diversas formas de protección avanzando en su definición o exigiendo su aplicación, es decir un derecho de negociación en sentido amplio. Pero de la misma forma se han dado sentencias donde se interpreta el derecho de la negociación colectiva limitada, restringiendo el derecho a la aplicación del CST, o dando amplias facultades al legislador para determinar el alcance del mismo.

1.3.1 Las primeras sentencias sobre negociación colectiva: resaltan la importancia y su constitucionalización, estableciendo los primeros criterios de protección

La primera ocasión en que la CCC estudio la negociación colectiva fue la sentencia **T-597/92** M. P. Angarita Barón, sentencia que no tuvo por tema central la negociación colectiva, y donde la corte solo afirmo que en el art. 55 C. P.: *“actúan como sujetos por excelencia los trabajadores y los empleadores, con claros y recíprocos derechos. En consecuencia, ambos deben intervenir en la definitiva concertación de sus intereses”* y no asume el desarrollo del derecho a la negociación en esta ocasión pues *“Igualmente debe destacarse que la más reciente doctrina pone de presente que la negociación colectiva es el terreno propio de la regulación de las relaciones laborales pero que por voluntad expresa del constituyente corresponde a la ley determinar los ámbitos específicos de su aplicación”*

Posteriormente asume dicho debate que aún continúa, en sentencia **C-013/93** M. P. Cifuentes Muñoz de la liquidación de Colpuertos y las facultades extraordinarias concedidas al presidente de la republica para ello. La regulación expedida por el mandatario omitió tomar en cuenta

la aplicación de las convenciones colectivas, y disminuyo por decreto los derechos pensionales que habían ganado, generando un debate sobre los derechos adquiridos, el cual dio pie a la Corte para estudiar la eficacia de las convenciones colectivas como fuente de derecho, afirmando que ***“lo ganado en una convención colectiva significa un derecho en sí mismo para el trabajador, que en algún momento de su vida de trabajo se verá confrontado con la realización de la hipótesis normativa. Pero, además, es derecho actual y no mera expectativa pues se trata de una conquista de ese conjunto específico de trabajadores que labora en Colpuertos”*** y expresamente sobre negociación colectiva afirmó: ***“Se configura asimismo una violación al derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, porque el Gobierno, al expedir el Decreto 035 bajo estudio, en su artículo 6° desconoció el poder vinculante de las convenciones colectivas, como mecanismos creadores de normas jurídicas obligatorias para las partes.***

El quebrantamiento del canon constitucional que consagra el derecho a la negociación colectiva lleva ineludiblemente a la infracción de la norma que protege el derecho a la asociación sindical (art. 39 C.P.) por tratarse de dos derechos ligados entre sí, ya que la negociación colectiva es consecuencia de la existencia de sindicatos que adelanten la negociación por parte de los trabajadores. Por esta misma razón fueron desconocidos los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, el primero dedicado a la defensa de la libertad sindical y la protección del derecho a la sindicalización y el segundo a la aplicación de los principios de sindicalización y negociación, lo que de contera equivale a desconocer lo presunto en el artículo 53 de la C.P. que incorpora a la legislación interna “Los convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados” (Negrillas fuera de texto)

Es decir la Corte Constitucional estableció que desconocer las convenciones colectivas firmadas por los trabajadores configura una forma de violación al derecho de la negociación colectiva, declarando inconstitucionales los decretos que violaban los derechos adquiridos en

la convención colectiva. Dicha línea jurisprudencial ha sido cambiada como se vera mas adelante.

Un par de meses después se estudió el alcance del derecho a la negociación colectiva fue en la sentencia **C-112/93** M. P. Herrera Vergara, en el cual el artículo 3 de la Ley 60/90 prohíbe a directivos de empresas industriales y comerciales del Estado o de empresas de economía mixta, autorizar remuneraciones y prestaciones para trabajadores oficiales que excedan lo percibido por el representante legal. Sobre la negociación colectiva en el sector publico se profundizara adelante, pero respecto a la aplicación de la negociación colectiva, la Corte afirmo: *“La negociación colectiva es inherente al derecho de sindicalización y está considerada como el mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo de quienes están ligados por contrato de trabajo (continua) **La negociación colectiva no es entonces un instrumento residual para regular las relaciones laborales, sino el instrumento por antonomasia, que desplaza el sistema de fijación por el Estado de las condiciones de trabajo**”* (Negrilla fuera de texto)

Sin embargo la Corte no dio una libertad amplia de negociación pues, limito el derecho por tres razones, la competencia constitucional de la administración y del legislador para fijar salarios, el bien común y el interés general, y la posibilidad de abusar del derecho en detrimento del patrimonio público: *“La Contratación Colectiva no es ajena a la situación económica y social de las empresas estatales, a los gastos de administración que debe fijar el Legislador (art. 150 numeral 11 C.N.) ni al régimen laboral de sus servidores (Arts. 150 numeral 7o. y 210 C.N. y Decretos 1050 y 3074 de 1968).*

Dentro del margen de discrecionalidad que le permiten la Constitución y la Ley, la negociación colectiva está precedida por la prevalencia del interés general o colectivo y del bien común.

Por ello, la ausencia de los lineamientos legales y de los topes señalados por el Legislador conduciría a que, por la vía de la contratación colectiva aquellos se desconocieran, con el consiguiente quebrantamiento de la potestad del Legislador de regular dichas materias.

Así mismo, produciría el desbordamiento de los gastos de la administración, permitiendo realizar erogaciones no contempladas en la ley de apropiaciones de la respectiva entidad, o en cuantía superior a la fijada en ésta, o a que aquellas se destinaran a fines no previstos en sus presupuestos.”

No se debe aceptar estos argumentos de la CCC de manera tan simple, pues la competencia constitucional sobre salarios no debe prohibir absolutamente la negociación colectiva, las demás condiciones de trabajo no tienen dicha limitación, de igual forma que la participación de los trabajadores en la configuración de dichas leyes hace parte de la negociación colectiva³. De igual forma el bien común o el interés general pueden interpretarse de manera abusiva, lo que no puede generar la inaplicación del derecho de negociación, sino que debe encontrarse soluciones ponderadas para la aplicación de los derechos. El último argumento de la CCC sobre la posibilidad de abusar con un derecho no debe ser un argumento para no aplicar un derecho, por ejemplo no se discute el abusar del derecho al debido proceso, pero es posterior al uso de los derechos que se ejerce un control, de igual forma la negociación colectiva no se debe limitar de manera previa, sino controlar de manera posterior.

En conclusión en el primer examen de constitucionalidad en que se aplicó el derecho a la negociación colectiva resaltando su importancia, su papel protagónico, pero de igual forma aceptó limitaciones que implican una limitación al derecho.

1.3.2 Sentencias sobre casos particulares de negociación colectiva, y primera sentencia sobre negociación colectiva en el sector público

En enero de 1994, sentencia **C-009/94** M. P. Barrera Carbonell la CCC hace un análisis más sistemático de los derechos laborales colec-

3. Hoy no existe un mecanismo efectivo de participación, pues la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, que tiene competencia para ello, pero en ese espacio tripartito no se ha concertado la creación de leyes laborales.

tivos consagrados en la constitución, respecto de la negociación colectiva afirmo *“que se hace efectivo y adquiere vigencia y operatividad, a través de la celebración de los “acuerdos y convenios de trabajo”, denominados en nuestra legislación **Pactos Colectivos o Convenciones Colectivas de Trabajo**, que constituyen los mecanismos ideados, además de la concertación, para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo”* Es decir una concepción de la negociación colectiva de manera limitada a la firma de convenciones, pero además da el alcance a esas convenciones como fuentes formales de derecho, sin tener la calidad de una ley, pero si una obligación contractual para las partes.

Además establece a partir de la interpretación del art. 53 constitucional un mandato de progresividad en la negociación colectiva : *“Esta Corte coincide con el planteamiento de la demanda, en el sentido de que **no se pueden menoscabar**, a través de la celebración de una nueva convención, los derechos de los trabajadores establecidos en convención anterior, pues esa es la letra y el espíritu del inciso final del art. 53 de la Constitución Política.”*, pero esto debe entenderse como *“El efecto útil que debe producir la norma del artículo 53, aunado a la conciliación entre los derechos adquiridos por los trabajadores con el derecho de negociación colectiva, permite colegir, que en una nueva convención colectiva puedan modificarse, sustituirse, e inclusive eliminarse derechos, que antes reconocía una convención, siempre que la nueva situación en que se ubique a los trabajadores, en términos reales u objetivos, implique el reconocimiento de derechos que sean iguales o superiores a los obtenidos anteriormente, o que sea imperiosa su revisión, debido a circunstancias excepcionales e imprevisibles.”*

En sentencia **C-110/94** M. P. Hernández Galindo, estudió la negociación colectiva para servidores públicos, mas en concreto el artículo 415 CST que limita a los sindicatos de empleados públicos por no poder presentar pliegos de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas, sino peticiones respetuosas, la Corte Constitucional defendió la constitucionalidad del artículo pues éste garantiza que los trabajadores

organizados deben ser oídas por las autoridades y en especial por sus superiores jerárquicos. Pero el sustento utilizado por la Corte deja mucho que desear pues afirmo que: *“Sin esta garantía de índole legal... sería completamente inútil la organización de sindicatos y se haría vano el esfuerzo de los trabajadores al constituir organismos que precisamente tienen por función la de servir como canales de comunicación con las autoridades y con los patronos, en este caso oficiales”* y continua *“Pues bien, el artículo 416 acusado plasma normas relativas a la presentación de pliegos de condiciones, celebración de convenciones colectivas, declaración y ejercicio del derecho de huelga, con todo lo cual da desarrollo práctico al derecho constitucional de asociación sindical y al de negociación colectiva y complementa la enunciada garantía plasmada por el artículo 415 del mismo Código Sustantivo del Trabajo.”* Es decir la CCC reconoció que existe una prohibición de la negociación de convenciones colectivas por lo que declaro constitucional la norma que permite presentar peticiones respetuosas no vinculantes, cuestión que no soluciona la falta de negociación, pero ignorando la discriminación a estos trabajadores.

En 1995 se dan una serie de sentencias unificadoras por parte de la corte constitucional respecto al derecho de negociación colectiva.

En sentencia **SU-342/95** M. P. Barrera Carbonell, donde la corte estableció en su jurisprudencia la posibilidad de que proceda la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales, en materia de derecho colectivo, en lo referente a la negociación colectiva cuando: *“b) Cuando el patrono obstaculiza o impide el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Aun cuando, tal derecho (art. 55 C.P.), no figura entre los derechos fundamentales, puede ser protegido a través de la tutela, porque su desconocimiento puede implicar, la violación o amenaza de vulneración de derecho al trabajo, como también el derecho de asociación sindical, si se tiene en cuenta que una de las funciones de los sindicatos es la de presentar pliegos de peticiones, que luego del trámite correspondiente conduce a la celebración de la respectiva convención colectiva de trabajo”* y *“c) Cuando las autoridades admi-*

nistrativas del trabajo incurren en acciones y omisiones que impiden la organización o el funcionamiento de los tribunales de arbitramento, sean obligatorios o voluntarios, encargados de dirimir los conflictos colectivos de trabajo, que no se hubieren podido resolver mediante arreglo directo o conciliación, o el ejercicio del derecho de huelga (art. 56 C.P.), o cuando incumplan las funciones que le corresponden, según el art. 448 del C.S.T., durante el desarrollo de la huelga.” Ante la procedibilidad de la huelga sólo si no existe otro medio judicial de protección, la corte afirmó que *“Al respecto vale la pena observar que el medio idóneo, en primer término debe ser judicial y, en segundo lugar, eficaz según la valoración que en concreto haga el juez de tutela para amparar el derecho fundamental amenazado o violado”*

En esta sentencia la Corte analiza la posibilidad de celebrar convenciones colectivas y pactos colectivos de manera simultánea y afirma que *“Lo dicho antes permite a la Sala establecer como regla general que la libertad de los patronos para regular a través de pactos colectivos las relaciones de trabajo, cuando estos vayan a coexistir con convenciones colectivas en la empresa, se encuentra restringida o limitada por el conjunto de derechos, valores y principios que reconoce la Constitución. En otros términos, la aludida libertad queda incólume y goza de la protección constitucional y legal, pero no puede ejercerse o utilizarse por el patrono para afectar los derechos fundamentales de los trabajadores y de la organización sindical.”* ... *“Si ni siquiera el Estado cuando hace uso de la facultad legislativa puede imponer limitaciones a los derechos fundamentales hasta el extremo de afectar su núcleo esencial, de modo que los desdibujen o los desnaturalicen, mucho menos lo puede hacer el patrono al celebrar los referidos pactos, porque éstos al igual que la ley tienen efectos normativos aunque circunscritos al ámbito de la empresa.”*

Con posterioridad la CCC dio procedibilidad a la acción de tutela que tenía por fundamento la violación de derechos fundamentales constitucionales de los trabajadores individuales que, por medio de la firma de una convención colectiva fueron obligados a renunciar al régimen

de cesantías imponiendo el régimen de la Ley 50/90 para poder tener un aumento salarial, tales como las sentencias **SU-509/95**, **SU-510/95** sobre la diferencia salarial que ello implicó para los trabajadores que no acogieron el régimen de la Ley 50/90 se afirmó: *“No puede, entonces, merced a un acuerdo convencional, convertirse el sentido de una decisión individual, que debe ser producto de la libre determinación del trabajador, en pauta para conceder o negar ciertos beneficios, sin que a la vulneración del derecho a la igualdad se sume un constreñimiento ilegítimo dirigido a los trabajadores que desecharon el régimen de la ley 50 de 1990 para tratar, en contra de sus convicciones, de conducirlos a su adopción. El querer espontáneo que, en ejercicio de su libertad, lleva a una persona a preferir una solución no puede acarrearle, válidamente, la imposición de un régimen laboral menos favorable que el aplicable a quienes prohijan un criterio diverso y, en armonía con él, se acogen a los dictados de la ley 50 de 1990 en materia de cesantías.”* En ese sentido *“En ocasiones surgen en el derecho laboral unas opciones, ejemplo de ello la facultad que tienen los trabajadores ligados por contratos anteriores a la vigencia de la ley 50 de 1990 para acogerse o no al nuevo régimen de cesantías, lo que implica un trato jurídico diferente para esta prestación. No es justo ni legal que se presione indebidamente la escogencia, menos aún que haya retaliación patronal contra quienes no escogen el nuevo régimen”*

En sentencia **SU-511/95** se estudio el caso de la firma de un pacto colectivo que otorgaba a los trabajadores no sindicalizados condiciones laborales mucho más favorables que las consignadas en la convención colectiva. En estos casos la CCC afirmó *“Si como lo dijo la Corte en la varias veces citada sentencia SU-342 del cursante año, que tanto pactos como convenciones persiguen finalidades comunes, “no resulta justificado ni legitimado el trato diferenciado que se da a una y otra clase de trabajadores. Es más, podría pensarse que el origen de la discriminación se centra en la pertenencia de algunos trabajadores al sindicato”. Dicho trato diferenciado constituye pues, un desconocimiento al principio de igualdad que garantiza la Carta Política.”*

En 1998 la Corte Constitucional volvió a estudiar el alcance al derecho de negociación colectiva, afirmando en sentencia **T-345/98**: *“Es indudable para la Sala que, en este caso, las autoridades demandadas no promovieron la concertación y no respetaron el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales con los empleados afectados por sus decisiones. Una clara violación al principio “a trabajo igual salario igual” como la acreditada, es una situación que vulnera la dignidad de los empleados injustamente discriminados, e inflige a la dignidad de esas personas una nueva afrenta, si les niega la participación a la que constitucionalmente están llamados”*, pero la Corte comienza a interpretar el derecho de negociación colectiva conforme al derecho de participación en la C. P., afirmando que *“La participación de las personas en el proceso de creación de las normas que las afectan, tiene que ser mucho más que la manifestación del propio punto de vista frente a un funcionario que no está dispuesto a oír y considerar más que su propia opinión, y que se niega a concertar cuando está obligado a hacerlo; mucho más, cuando el funcionario se ha comprometido, y la administración de la que forma parte lo ha hecho por escrito y ante el órgano que debe vigilar y juzgar su actuación gubernativa”*. Pero la orden final de la CCC no fue la de iniciar un proceso de negociación, sino la de efectivamente nivelar los salarios en virtud del derecho a la igualdad del art. 13 constitucional.

1.3.3 Los estudios de constitucionalidad de los convenios 144, 151 y 154 de la OIT

En sentencia C-376/98 se estudia la constitucionalidad del convenio 144 sobre consultas tripartitas para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo, *“Lo que se pretende es garantizar la efectividad de las normas internacionales del trabajo a partir del reconocimiento e interés que se les conceda a estos temas en el plano nacional, siendo las consultas tripartitas una herramienta de alto nivel para lograr tal finalidad. En ese orden de ideas, las consultas tendrán lugar por lo menos una vez al año y el objeto de las mismas recaerá en asuntos diversos de la O.I.T”*. Este convenio limita su aplicación a

temas que se aborden sobre actividades relacionadas ante OIT, pero que resulta constitucional por desarrollar derechos de participación 2 C. P. y de asociación 38 y 39 C. P., además afirma la CCC *“Igualmente, el artículo 56 superior señala, como un elemento incorporado en la órbita constitucional, la creación de una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los trabajadores y de los empleadores, que fomente las buenas relaciones laborales, contribuya a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concerte políticas salariales y laborales. En este orden de ideas, la pretensión de fomentar y favorecer las relaciones entre el Gobierno, los trabajadores y los empleadores, en materias internacionales, mediante los procedimientos aprobados en el convenio de la O.I.T, “para promover la aplicación de las normas internacionales de trabajo” es un contenido que lejos de violar la Constitución, desarrolla específicamente uno de sus mandatos.”* Describiendo así un ámbito del derecho de negociación y mas específicamente el dialogo social que se trabaja en OIT.

La CCC en sentencia **C-377/98** estudia la constitucionalidad del Convenio 151 de OIT, partiendo de la idea de que el convenio tiene por finalidad la aplicación de los derechos de sindicalización y negociación colectiva a personas empleadas por el Estado: *“Las anteriores finalidades armonizan plenamente con los principios y valores constitucionales, pues la Carta reconoce que en general los servidores públicos gozan de sus derechos constitucionales, como toda persona y todo trabajador, aun cuando éstos pueden ser limitados en algunos aspectos, debido a que la relación de trabajo al interior de la administración pública comporta un contenido de interés general (C.P. inciso 2 art. 123)”*.

Pero además la CCC entra a analizar el alcance de cada uno de sus artículos, en primer momento estudia a quienes se les aplica dicho convenio, haciendo una interpretación a partir de la Recomendación 159 de 1978 de OIT, afirmando que la Constitución colombiana consagra los derechos de negociación colectiva y sindicalización de manera mas amplia por sólo limitar a las fuerzas públicas y no a los empleados

públicos de alta confianza *“En tales circunstancias, las disposiciones del tratado son constitucionales, en el entendido de que consagran un mínimo de garantías para los servidores públicos en relación con el derecho de asociación, las cuales pueden ser desarrolladas de manera más generosa por la legislación nacional, tal y como lo hace la Constitución colombiana en el presente caso. En efecto, un instrumento internacional de derechos humanos que consagre menores garantías para la persona que las previstas por otros tratados, o por la propia Constitución, no es inexecutable por ese solo hecho, pues en este campo rige la cláusula de favorabilidad, o principio pro libertate, según el cual, se debe siempre aplicar aquella disposición que sea más favorable al goce de los derechos de la persona.”*

La CCC es clara en esa limitación a la aplicación del convenio: *“La Corte no encuentra ninguna objeción constitucional a esas definiciones pues, como ya se señaló, en general los servidores públicos gozan de los derechos constitucionales como toda persona, con las limitaciones derivadas del ejercicio de sus cargos. Por ello las exclusiones previstas por esos artículos armonizan con la Carta”* y continúa *“Igualmente, la Carta establece limitaciones a sus derechos constitucionales para aquellos servidores públicos que se desenvuelven en cargos de autoridad o confianza, pues en tales eventos no sólo pueden ser excluidos de la carrera administrativa sino que, además, no pueden participar directamente en la lucha política (CP arts 125 y 127).”*

Ahora bien frente al análisis de los artículos 7º y 8º del Convenio 151, la CCC afirma que frente a los trabajadores oficiales no hay ninguna observación, pero en cuanto a los empleados públicos se encuentra con un conflicto entre normas, toda vez que artículo constitucionales como el 150 ord. 19, 189 ord. 14, 300 ord. 7º, 305 ord. 7º, 313 ord. 6º, y 315 ord. 7º supone que las funciones y remuneraciones son establecidas unilateralmente por el Estado en sus distintos ordenes territoriales. La CCC no establece una constitucionalidad condicionada, y por el contrario bajo un criterio hermenéutico de armonización de la constitución, pues la Constitución Política en su artículo 2 establece el derecho de to-

das las personas de participar en las decisiones que les afecten, y el art. 55 que conlleva el deber del Estado de promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución de conflictos laborales. Razones por las cuales no resultaría constitucional excluir a los servidores públicos del derecho a la negociación colectiva, y en ese sentido la CCC afirma *“La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente.”*

Es afortunada la sentencia por la declaración de constitucionalidad, pero es de lamentar que la CCC en el estudio de esta sentencia se limita a hacer un juicio de constitucionalidad de manera abstracta, mediante el cual reconoce la posibilidad de negociación de empleados públicos a través de peticiones, pero continuando con las facultades de

fijar unilateralmente algunos temas. En ese sentido se queda corta la Corte por las siguientes razones:

1. En Colombia no existía, y aún hoy no existe ningún medio de participación que permita a estos empleados públicos la satisfacción del derecho de negociación, pues las peticiones a las que hace referencia la CCC no obligan crear una mesa de negociación, y mucho menos discutir o negociar los términos, generando que en la practica estas peticiones se puedan archivar sin consecuencia alguna.
2. El crear mecanismos de participación y negociación dejando incólume la facultad de fijar unilateralmente algunas materias como salarios, vulnera el derecho de negociación protegido por OIT, debido a que cualquier acuerdo al que se llegare podría ser modificado unilateralmente por el presidente, congreso, asambleas etc. Esta crítica genera un aparente conflicto entre las competencias generadas por la constitución y el derecho de negociación colectiva, pero como se profundizará mas adelante, dichas normas constitucionales establecen medios (por ejemplo fijar escalas de remuneraciones a través de ordenanzas departamentales) pero no prohibiciones para la negociación, y es posible encontrar alternativas para garantizar que los acuerdos no sean modificados unilateralmente por las partes
3. Tal vez la critica mas importante sea que la CCC no hace una interpretación armónica con los Convenios 87 y 98 que daría más herramientas para determinar el alcance del derecho de negociación colectiva, este último convenio en su art. 4 que establece la posibilidad que los sindicatos puedan firmar convenciones colectivas para reglamentar sus condiciones de empleo, cuestión que no se cumple con la presentación de peticiones. Si bien el art. 6 del mismo convenio afirma que ese convenio no trata de funcionarios públicos, también afirma que no puede interpretarse de modo alguno en el menoscabo de sus derechos, es decir que a través del C-98 no puede exigirse a los estados firmar convenciones colectivas, pero tampoco prohibir dicha práctica.

Dos años después se estudio la constitucionalidad del Convenio

154 de OIT a través de la sentencia C-161/00 M. P. Martínez Caballero, en esta ocasión afirmo sobre la constitucionalidad del tratado: *“el contenido general del Convenio desarrolla plenamente los postulados constitucionales, pues bajo ésta visión se ha entendido la negociación colectiva en nuestra Constitución, como quiera que la Carta la considera un procedimiento que concreta y potencia el acuerdo de voluntades como uno de los instrumentos más importantes para fijar las bases fundamentales del trabajo.”*, y demuestra la coincidencia del convenio y la carta en diversos artículos como el 2, 55 y el preámbulo.

La corte comienza afirmando que el convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica, lo cual es un concepto mayor que el de empresa, y da un campo de aplicación derivado de la misma constitución *“Así pues, bajo estas condiciones, esta cláusula del convenio desarrolla los artículos 55 y 333 de la Constitución, como quiera que el Estado garantiza en mayor medida la negociación colectiva cuando la extiende a todas aquellas actividades que son reguladas por la autonomía contractual. Por consiguiente, es indudable que la posibilidad de buscar la solución pacífica, concertada y libre a los conflictos en las ramas de la actividad económica, no sólo beneficia e interesa a las partes de la relación laboral sino que se convierte en un asunto que involucra el interés público”*. Esta interpretación resultaría en extremo limitante de la negociación en el sector público, en tanto no existe una autonomía contractual sino una relación reglamentada, sin embargo la misma corte se remite a su estudio de constitucionalidad del convenio 151 donde señala que la legislación interna podrá fijar las modalidades particulares de la negociación para la administración pública *“En esa oportunidad⁴, la Corte dijo que, con fundamento en los artículos 55 y 56 de la Carta, es perfectamente posible que los trabajadores oficiales eleven peticiones y adelanten procesos de negociaciones plenas con las autoridades para dirimir sus conflictos económicos. Pero, no suce-*

4. Sentencia C-377 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sobre este mismo punto también puede consultarse la sentencia C-110 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

de lo mismo con los empleados públicos, pues aquellos están sometidos a la fijación unilateral del Estado, por medio de leyes, ordenanzas, acuerdos y reglamentos, de las condiciones generales del empleo, por lo cual los empleados públicos tienen el derecho de participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, pero no en forma plena”

Ahora bien, la Corte comienza a analizar el alcance de la negociación, demostrando que existen dos sujetos en la relación laboral con derechos y obligaciones recíprocas, pero cuya intervención es diferente, en tanto para los su participación es colectiva. Además ubica la importancia de la negociación colectiva para regular las relaciones laborales, y que esta puede ser considerada derecho fundamental susceptible de ser protegido mediante tutela en algunos casos, *“la jurisprudencia constitucional ha considerado que la negociación colectiva puede adquirir la categoría de derecho fundamental cuando su desconocimiento implica la vulneración o amenaza de los derechos al trabajo o de asociación sindical”*⁵

“De otra parte, de acuerdo con la Carta y con la jurisprudencia constitucional, los objetivos de la negociación colectiva se centran en la concertación voluntaria y libre de condiciones de trabajo, la necesidad del diálogo que afiance el clima de tranquilidad social, la defensa de los intereses comunes entre las partes del conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de las partes sean oídos y atendidos y, el afianzamiento de la justicia social en las relaciones entre trabajadores y empleadores.” Siendo estas las finalidades y el alcance del derecho de negociación colectiva tanto de la constitución política como del convenio 154 de OIT

En tanto el convenio 154 consagra que para la aplicación de la negociación colectiva deben tomarse medidas en la normatividad nacional, *“La siguiente disposición del convenio deja en libertad a los Estados para tomar las medidas adecuadas para cumplir con su finalidad*

5. Puede consultarse la sentencia SU-342 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell

de fomentar la negociación colectiva, pues los métodos que adoptan pueden ser diferentes pero todos dirigidos a posibilitar, a universalizar, a extender progresivamente a materias no contempladas en el convenio y a fomentar la negociación colectiva. Por lo tanto, el instrumento consagra como cláusula general el principio de fomento de la negociación colectiva, mientras que las cláusulas específicas deberán ser desarrolladas por la legislación interna, dentro de los objetivos allí señalados”, lamentablemente la Ley 524/99 fue la última norma sobre negociación que se adoptó, al día de hoy no se han consagrado normas nuevas que permitan el progreso o ampliación respecto a la negociación colectiva, y por el contrario en 2005 mediante el acto legislativo 01 se prohibió la negociación colectiva respecto al tema pensional.

En el estudio del artículo 6 convencional, la Corte no hace un análisis de los antecedentes de dicha norma, por lo cual se queda corta en el estudio constitucional, y tan solo afirmó *“El artículo 6º permite la existencia de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva puede concretarse en la conciliación o el arbitraje, siempre y cuando sea una participación voluntaria de las partes. En efecto, como se afirmó en precedencia, la negociación colectiva tiene un contenido claro en la convención y en el pacto colectivo, pero el Convenio 154 consagra una enumeración más variada y amplia del contenido de la negociación, como quiera que autoriza otros instrumentos de resultado de la negociación. Así pues, estas disposiciones también se ajustan plenamente al artículo 116 y, en especial, al artículo 53 de la Constitución, como quiera que es un principio mínimo del trabajo la facultad “para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles”*. Esto deja por fuera un gran debate, toda vez que el artículo 6 convencional se creó en la medida que en el resto del mundo, no todos los trabajadores del Estado pueden firmar convenciones colectivas, países como Argentina, Uruguay, Alemania, Italia, son casos excepcionales, otros como Portugal tienen negociación colectiva en el sector público pero sin firmar convenciones colectivas vinculantes, o Inglaterra que no firman convenciones pero efectivamente realizan convenciones vin-

culantes. El sentido del artículo 6 del convenio 154 es no dejar sin aplicación dicho convenio a los trabajadores del Estado, y que cada Estado tenga la obligación de adoptar un sistema que satisfaga el derecho de negociación para empleados públicos. En conclusión la corte hace un análisis para que coincida la norma internacional en la normatividad interna, lo cual es correcto en la medida que coincida con la constitución política, pero el tribunal no deroga las normas de inferior jerarquía que le son contrarias a dicho tratado⁶, es decir ratificación del convenio debería cambiar la legislación interna, pero en Colombia todo continuo igual.

En sentencia **T-556/00** M. P. Cifuentes Muñoz el hospital-empleador solicito la convocatoria a tribunal de arbitramento obligatorio, pero el Ministerio del Trabajo se negó a convocar el tribunal debido a que ese hospital se encontraba en liquidación y que el gobierno nacional había autorizado su cierre. En esta ocasión la Corte explica que existen diversos tipos de conflictos colectivos, y diversos tipos de solución, el caso de servicios públicos esenciales de salud donde no se llega a un acuerdo en la etapa de arreglo directo, el medio de solución del conflicto se da a través de un tribunal de arbitramento obligatorio. En el caso concreto la CCC afirmo que existía un motivo razonable para no constituir el Tribunal de Arbitramento Obligatorio, pues radicaba la solicitud ante el mismo ministerio de autorización de cierre definitivo de empresa y liquidación de los contratos de trabajo, lo que podría llevar en corto plazo a la terminación de las relaciones laborales, resultando pertinente suspender cualquier decisión sobre el Tribunal de Arbitramento, *“Es decir, en una situación como la descrita resulta razonable abrir un compás de espera para establecer si la decisión que debía tomar el Gobierno implicaría la extinción de la relación laboral, en virtud de la inminente terminación de los contratos de trabajo. De ser así, la desaparición del vínculo laboral entrañaría también la del con-*

6. Debíó derogar dichas normas por que el derecho de negociación tiene un mayor grado de importancia por ser consagrado en los tratados internacionales como un derecho humano.

flicto colectivo de trabajo, de manera que no habría lugar a decidir sobre él, quedando sin objeto la convocatoria del Tribunal". Es decir que el concepto de negociación colectiva utilizado en esta ocasión por la corte es restringido a los contratos laborales, pues extintos no habría negociación colectiva. Situación que no podemos compartir debido a que la negociación colectiva se predica de relaciones laborales y no de contratos de trabajo, y que es precisamente en momentos como el proceso de liquidación donde los trabajadores requieren de una mayor protección del sindicato, y donde una negociación colectiva podría dar mejores resultados para ambas partes frente al conflicto colectivo.

Posteriormente la CCC estudió la sentencia **C-1187/00** M. P. Morón Díaz pues la Ley 549/99 art. 13 establecía que para celebrar convenciones o pactos colectivos de las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas que comprometieran recursos de más de una vigencia fiscal, era necesario autorización previa de la asamblea departamental o el consejo distrital o municipal. En dicha ocasión la CCC estableció: *"La Constitución, en el artículo 55 ya mencionado, no establece límites de carácter temporal para la celebración de la negociación colectiva, ni tampoco ordena que la vigencia de la misma tan solo lo sea por una anualidad, razón esta por la cual si la ley opta por restringir en el tiempo la duración de una convención colectiva o de un pacto colectivo, resulta contraria a la Carta Política."* Y continúa *"Además, considera la Corte que la norma en estudio es violatoria de los convenios 87 y 98 de la OIT, aprobados por las leyes 26 y 27 de 1976, respectivamente."*

En sentencia **T-1005/00** M. P. Barrera Carbonell, se estudio que convención colectiva debe aplicarse cuando hay fusión de dos empresas donde había dos sindicatos con convenciones vigentes. Situación que soluciono la CCC con el Decreto 904/51 que establece que se debe aplicar la convención con la primera fecha y esta es la única para todos los efectos legales, la diferencia de esta sentencia es que la Corte admitió la vulneración del derecho fundamental a la negociación colectiva por el desconocimiento unilateral del empleador de uno de los sindicatos.

En sentencia **C-1050/01** M. P. Cepeda Espinosa, se demandaron los

artículos 479 y 478 CST sobre la denuncia y prorroga de las convenciones colectivas, según los demandantes porque la negociación colectiva es de beneficio exclusivo de los trabajadores, pero la Constitución y la CCC son claras en este punto afirmando que *“Ahora bien, referido al tema de los efectos de la denuncia de la convención colectiva por parte del empleador, se tiene que la armonización concreta de los derechos e intereses de las partes lleva a reconocer que el empleador tiene la facultad de manifestar su rechazo a la continuidad de la convención colectiva mediante su denuncia, pero sin que ello pueda ser entendido como rompimiento de la paz laboral, como iniciación del conflicto colectivo o como la presentación de un pliego de peticiones, potestad reservada por legislación vigente a los trabajadores. El ejercicio de la facultad de denuncia por el empleador no puede llegar al extremo de negar el carácter protector de los derechos de los trabajadores que sin ser el único, como se verá posteriormente, sí es propio de la convención colectiva de trabajo. La denuncia de la convención colectiva tiene el efecto de manifestar la intención de renegociar la convención colectiva, porque se está inconforme con la vigente.”*

Pero la CCC en esta ocasión hace una interpretación sobre el alcance y funciones de las convenciones colectivas afirmando que:

“Observada desde la práctica de los diferentes países, la convención puede cumplir en principio cinco funciones:

1. Como un pacto de paz entre las partes, gracias al cual se logra una cesación temporal del conflicto laboral. La función de la convención colectiva como pacto de paz es fundamental desde una perspectiva de la convención como acuerdo, por el cual las partes adquieren derechos y obligaciones. El empleador se compromete a pagar determinado nivel de salarios y prestaciones así como a cumplir con las demás condiciones pactadas a cambio de que el sindicato garantice la continuidad del trabajo. De tal manera que una convención no beneficia sólo a los trabajadores, aunque tiene un claro fin protector de la parte débil en la relación laboral que busca con la negociación colectiva equilibrar la asimetría de poder.

2. Como instrumento de regulación de la oferta de trabajo y de protección de los trabajadores ante las presiones que sobre ellos puedan presentarse. Tal enfoque de la convención colectiva surge del reconocimiento del poder del sindicato como entidad que goza de algún control en el establecimiento de las condiciones bajo las cuales se ofrece trabajo – p.ej. en decisiones sobre si se aumenta el personal, se reducen las calidades exigidas, etc. –, con miras a proteger los intereses de los trabajadores.
3. Como forma de definición de las condiciones generales del trabajo, por ejemplo en materia de política de aseguramiento. En algunos países como Inglaterra, el sueldo y la modalidad de trabajo a ofrecer a un nuevo trabajador deben ser discutidos por el empleador con el sindicato. Otras condiciones del contrato pueden ser leídas por el trabajador en la convención colectiva de trabajo que, para este aspecto, cumple la función de estatuto que regula las condiciones generales del contrato.
4. Como instrumento de cooperación entre las partes asociadas. Se trata aquí de una función de la convención colectiva como parte de los medios para introducir “democracia industrial” u otra forma de actividad cooperativa entre las “partes sociales”. La cogestión alemana o los órganos de codeterminación en Suecia son algunos ejemplos del uso de las convenciones colectivas de trabajo como instrumento de cooperación. En Francia un comité presidido por un representante del Ministerio de Trabajo cumple la función de órgano que fomenta la cooperación entre las partes de la relación laboral, de forma similar al deber del Estado de promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos laborales (art. 55 inc. 2 C.P.).
5. *Como especie de código industrial o método de regular los salarios y otras condiciones del empleo. Se trata aquí de una función de la convención colectiva de trabajo que varía enormemente de país a país, e incluso dentro de un país de una industria a otra. Tal concepción remite al carácter jurídico vinculante de la convención para*

regular aspectos centrales de la relación laboral, en particular a la problemática de si como especie de código industrial se extiende su aplicación a trabajadores no sindicalizados”. Concluyendo la CCC que no tiene competencia para imponer determinada forma o función de la convención colectiva, pero determina que esta es fruto de las negociaciones bilaterales y no una imposición de condiciones de una parte hacia la otra. Además la CCC muestra como la negociación colectiva tienen un carácter de bilateral o plurilateral a partir del art. 55 C. P. y el art. 4 del convenio 87, y la cooperación como principio medular de las relaciones de trabajo entre empleadores y trabajadores.

En sentencia **T-1200/01** M. P. Córdoba Triviño, se estudio el caso de trabajadores que al momento de vincularse a la empresa renunciaron voluntariamente a pertenecer al sindicato y a los beneficios de la convención colectiva, en esa ocasión la corte afirmo que *“Las directivas de la empresa demandada utilizan la capacidad de negociación laboral en condiciones de franca vulneración de los derechos de los trabajadores. La práctica de hacerle firmar a los trabajadores un acta de renuncia a los derechos sindicales y a los beneficios de la convención colectiva, con el propósito de mantener una organización sindical minoritaria, que los faculte para no extender los beneficios de la negociación colectiva a todos, atenta contra los derechos fundamentales de los trabajadores.*

El abuso de la posición de preeminencia en la relación laboral planteada constituye una franca violación a los derechos constitucionales. Tales estrategias de economía empresarial caracterizan relaciones laborales propias de una producción inequitativa, señorial que carece de políticas de optimización de la gestión y de bienestar laboral. Pertenecen a un sector empresarial de antaño que ve en el recorte y contracción de las condiciones laborales, la mejor forma de obtener ganancias.”, sin embargo debido a un error por parte de los accionantes no procedió la acción de tutela, y fue negada la protección de sus derechos

1.3.4 Los conflictos entre la constitución y el código sustantivo del trabajo estudiados por el tribunal constitucional

En marzo de 2002 se iniciaron una serie de demandas contra el CST, el cual era de creación preconstitucional, la primera de ellas la C-201/02 M. P. Araujo Rentería, en ella se debatieron muchos temas como por ejemplo fueros sindicales, huelga, huelga de solidaridad, mínimo de trabajadores para constituir un sindicato, asociación sindical, negociación colectiva, y derecho sindicales de empleados públicos y trabajadores oficiales.

Respecto a la negociación en la citada sentencia se afirma que no es un derecho que tengan los empleados públicos, así estos tienen restringidos el presentar pliegos de peticiones, ni firmar convenciones colectivas:

“Ahora bien, esta Corte ha encontrado legítima la restricción al derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, a que hace referencia el citado artículo 416, como se consideró en la sentencia C-110/94⁷ al declararlo exequible:

“La disposición legal parte de la distinción, introducida de tiempo atrás en el Derecho Laboral colombiano, entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Mientras los primeros tienen establecida con el Estado una relación legal y reglamentaria, los segundos están vinculados al servicio público mediante contrato que se rige por normas especiales. (...)

“La restricción consagrada en la norma para los sindicatos de empleados públicos, sobre presentación de pliegos de peticiones y celebración de convenciones colectivas, tiene sustento en el artículo 55 de la Constitución, que garantiza el derecho de negociación colectiva para regular relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. La que se considera es una de tales excepciones, establecida en norma con fuerza material legislativa. (...)

7. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Y en la sentencia C-377 de 1998,⁸ al revisar la constitucionalidad del “Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública” y de la Ley 411 de 1997 aprobatoria de dicho instrumento, la Corte consideró acorde con la Constitución la diferenciación entre trabajadores oficiales y empleados públicos para efectos del ejercicio del derecho de negociación colectiva, señalando que los primeros gozan de este derecho plenamente, mientras que los segundos lo hacen de manera restringida, pues si bien éstos tienen derecho a buscar y alcanzar soluciones concertadas en caso de conflicto, no se puede afectar en modo alguno la facultad que tienen las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo.

(...)

Con fundamento en consideraciones similares, la Corte Suprema de Justicia también ha encontrado justificada la restricción al derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, señalando además que aquélla “no se contrapone a los Convenios 151 y 154 de la OIT, aprobados por las Leyes N° 411 del 5 de Noviembre de 1997 y 524 del 12 de Agosto de 1999 respectivamente, porque en tales instrumentos internacionales se consagra la negociación colectiva para los empleados públicos como una de las opciones que puede adoptar la autoridad nacional competente o también como una medida deseable para que las organizaciones que representan a aquéllos participen con las autoridades públicas competentes en el establecimiento de las condiciones de trabajo, así como en la solución de sus diferencias laborales. Por ello, se hace en estos una invitación a los Estados para que, de acuerdo con las situaciones propias de cada nación, se adelanten campañas de estímulo y fomento de tal mecanismo de concertación en el sector público. Lo que, además, por mandato constitucional - inciso dos del artículo 55 de la C.P. - constituye un deber para el

8. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Estado colombiano.⁹”

Es posible encontrar en la presente sentencia tres argumentos en contra del derecho a la negociación colectiva para empleados públicos, (i) Que los empleados públicos tienen una relación legal o reglamentaria la cual no se permite la negociación, (ii) Que el derecho de negociación colectiva de empleados públicos no es un derecho pleno, sino por el contrario restringido, por no poder afectar la facultad de las autoridades de fijar condiciones de empleo. Para este punto ya podemos encontrar contradicciones entre el argumento (i) y el (ii). Un tercer argumento es (iii) Que dichas limitaciones no se contraponen a los convenios 151 y 154.

Ese último argumento, (iii) resulta ser una falacia utilizada por la corte, pues si bien los convenios no obligan a los Estados a que en la negociación con trabajadores del Estado terminen con la firma de un convenio, si obliga a que exista negociación colectiva, por el medio pertinente que se decida en cada Estado, la violación en Colombia se da por la inexistencia de dicho medio de negociación, pero esto se estudiara mas adelante.

Además el argumento (i) es una restricción que implica la prohibición de un derecho humano para cierto tipo de trabajadores, el cual carece de una fundamentación fuerte y no tiene sustento en el derecho comparado de países con normas de derecho laboral avanzadas. De igual forma resulta debatible el argumento (ii) pues si bien no es un derecho de negociación plena¹⁰ (igual al derecho de negociación en el sector privado), esto no implica que sea prohibida la negociación, o mucho menos imposible o que afecte la capacidad del Estado. Estos argumentos se debatirán mas adelante.

9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 5 de junio de 2001. Rad. 16788. M.P. Germán Valdés Sánchez.

10. Como se vera en las problemáticas de la negociación, en el sector privado de Colombia no se goza de negociación plena, por ejemplo la imposibilidad practica o legal de realizar negociaciones colectivas por rama o actividad económica

En sentencia **C-551/03** M. P. Montealegre Lynett, la corte constitucional estudió la ley que convoca a referendo que en su numeral 8 se preguntó respecto a *“prohibe pensiones con cargo a recursos públicos, superiores a 25 salarios mínimos legales mensuales; se eliminan los regímenes pensionales existentes que sean especiales, exceptuados, adoptados por cualquier norma o por acuerdo entre nacionales; se establece que el sistema pensional estará regulado únicamente por una Ley General de Pensiones, prohibiéndose separarse de dicha ley en virtud de norma o acuerdo entre nacionales; se fija la edad mínima para pensionarse; se ordena la revisión de pensiones otorgadas en contra del ordenamiento vigente; se congelan por dos años (2005 y 2006) los sueldos y pensiones superiores a 25 salarios mínimos mensuales, que sean pagados con recursos públicos y, finalmente, se establece una excepción a la fuerza pública”*

1. La corte permitió que se hiciera esa pregunta bajo los siguientes argumentos: *“Empero, como lo ha mostrado la Comisión de Expertos de la O.I.T.¹¹, es práctica común el establecimiento de topes a las pensiones para asegurar la viabilidad financiera del sistema, asunto que fue aceptado, dentro de ciertos límites, por ese órgano. Finalmente, el derecho a la negociación colectiva no puede ser considerado absoluto, por lo que es razonable que el Estado pueda limitarlo para salvaguardar la propia viabilidad financiera del sistema general de pensiones. Por ello, la Corte considera que es compatible con el derecho a la negociación colectiva, tal y como se encuentra desarrollado por los tratados internacionales de derechos humanos, que la ley fije un marco general en el que se desenvuelva la negociación colectiva, tal y como lo hace el numeral 8°.”*

Esa norma no obtuvo la votación necesaria para que se cambiara la constitución, por tanto esa norma no debería incluirse en la constitución por carecer de suficiente apoyo por parte del constituyente pri-

11. Estudio General “La protección de la vejez por la seguridad social”, sobre las Convenciones 102 y 128 –no ratificadas por Colombia-, 1989.

mario, sin embargo en el acto legislativo 01 de 2005 art. 48 Inc. 13 se constituyó otra norma diferente a la del referendo la cual afirma “a partir del presente acto legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados...” es decir prohibió completamente la negociación sobre regímenes pensionales, contrario a la sentencia donde se limitó.

Entrando al 2004 se estableció por la Ley 789/02, que los contratos de aprendizaje no serían contratos laborales¹², y por tanto se excluyen a dichos trabajadores del derecho de negociación, “La Corte tampoco considera que vulnere el derecho de negociación colectiva el mandato según el cual, frente a los contratos de aprendizaje, *“en ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva.”* Y la razón es la siguiente. Como esta Corte lo ha señalado, el derecho a la negociación colectiva no es absoluto, por lo cual puede ser limitado¹³, siempre y cuando esas restricciones sean proporcionadas” La razón utilizada por la Corte para determinar que dicho límite a la negociación colectiva es que existe una obligación de fomento a la capacitación de la fuerza de trabajo, especialmente para jóvenes, por ello el contrato de aprendizaje se encuentra intensamente regulado e intervenido por el Estado, al punto tal que impone a algunas empresas la obligación de vincular un determinado número de aprendices, esto implica que *“El contrato de aprendizaje tiene objetivos y especificidades que lo distinguen de la relación de trabajo ordinaria, por lo*

12. CCC sentencia C-038/04: “el contrato de aprendizaje tiene múltiples especificidades frente a un contrato de trabajo ordinario, puesto que su finalidad no es exclusivamente que el aprendiz preste un servicio personal al empleador, como sucede en la relación de trabajo ordinaria, ya que tiene otros elementos que le son característicos: así, estos contratos de aprendizaje buscan ante todo capacitar al aprendiz en un oficio determinado y facilitar su inserción en el mundo del trabajo...Por consiguiente, debido a esas finalidades, el contrato de aprendizaje no sólo tiene sustento constitucional sino que además puede ser distinguido de un contrato de trabajo ordinario, que carece de esos propósitos.”

13. Ver, entre otras, la sentencia C-551 de 2003, MP Eduardo Montealegre Lynett, Fundamento 290.

que es razonable que ciertos aspectos del mismo queden excluidos de la negociación colectiva, a fin de asegurar la viabilidad del conjunto del sistema de capacitación de la mano de obra en el país.”

Esta norma por el contrario ha creado diversas problemáticas, tales como: tener trabajadores en relación de aprendizaje sin derecho a salario, sino con una compensación económica inferior al salario mínimo. el apoyo de sostenimiento que reciben los trabajadores aprendices en el 2008 para la etapa lectiva es de 216.850.00 y la práctica de \$325.275.00 remuneración que no equivale ni siquiera al 25.59% del valor de la canasta básica familiar de un colombiano promedio; de igual forma la Ley impide que el salario (apoyo sostenimiento), sea regulado por contratos colectivos, impide que los trabajadores aprendices ejerzan el derecho de asociación y la negociación colectiva. Pero lo mas grave es que dicha norma no generó nuevo empleo, la obligación legal de contratar aprendices se puede subsanar, monetizando los cupos de aprendizaje, lo cual ha ido en aumento cada año que pasa.

En sentencia **T-168/04** M. P. Monroy Cabra¹⁴, se presentó una tutela por parte de un trabajador asociado a un sindicato mayoritario, que se obligó a hacer aportes de cuotas sindicales a un sindicato el cual no pertenecía, en virtud de una convención colectiva que celebró la empresa con un sindicato minoritario, la Corte afirmó *“En el derecho colectivo del trabajo es esencial la protección a la Convención Colectiva y dentro de ésta fundamentalmente a las normas llamadas económicas, respetándose la vigencia de la Convención fijada por las partes, luego no tiene explicación que el empleador le ordene a un trabajador que se acoja a lo pactado con un sindicato extraño. Con mayor razón hay violación si se afecta el salario del trabajador sindicalizado para hacerle pagar cuotas a otros sindicatos. Por consiguiente, no puede imponersele a un trabajador perteneciente a un sindicato que adelanta un proceso de negociación, la obligación de cotizarle a otro sindicato*

14. También se dictaron sentencias en el mismo sentido T-592/04, T-593/04, T-597/04 y T-656/04

minoritario, cuando en el futuro de los beneficios que resulten del Tribunal de Arbitramento se le descontará la cuota llamada de beneficio convencional. Por lo tanto, la indebida remisión de una cuota a un sindicato extraño, en las condiciones que motivan la presente tutela, es una afectación a los derechos constitucionales antes indicados de libertad sindical y contratación colectiva.”

Por medio del Decreto 1750/03 se escindió el instituto de los seguros sociales, además se crean empresas sociales del Estado, dicho cambio implicó un cambio en el régimen laboral de los trabajadores, los cuales en gran medida pasaron de trabajadores oficiales con derechos de negociación colectiva a empleados públicos, restringiendo por ende sus derechos laborales. La Corte Constitucional estudia si con dicho cambio se afectaron los derechos adquiridos, particularmente el de negociación colectiva, y los demás convencionales conseguidos a través de la convención vigente. Para la Corte no se violan los derechos adquiridos debido a que: (a) el vínculo jurídico legal o reglamentario y las dificultades prácticas y políticas para negociar colectivamente con los órganos que tienen competencia constitucional para definir las condiciones laborales, *“No sucede lo mismo cuando el nexo del funcionario con el Estado proviene de una regulación genérica, establecida unilateralmente por éste mediante ley o reglamento¹⁵. Las dificultades*

15. En sentencia C-377 de 1998 la Corte estableció que las condiciones laborales de los empleados públicos son fijadas unilateralmente por el Estado, razón por la cual no era posible establecer un derecho de negociación plena a su favor. En este sentido afirmó: “...según la Constitución, el Congreso, por medio de una ley marco, fija el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y de los miembros del Congreso Nacional, mientras que el Presidente señala la funciones especiales de los empleados públicos y fija sus emolumentos (CP arts 150 ord 19 y 189 ord. 14). Este reparto de competencias se reproduce en el ámbito territorial, pues las asambleas y los concejos determinan las escalas de remuneración de los distintos empleos, mientras que los gobernadores y los alcaldes señalan sus funciones especiales y fijan sus emolumentos (CP arts 300 ord. 7°, 305 ord. 7°, 313 ord. 6° y 315 ord 7°). Por ende, conforme a la Constitución, las condiciones de trabajo (funciones y remuneración) de los empleados públicos son determinadas unilateralmente por el Estado.

prácticas y políticas que experimentarían tanto la Administración como el Congreso de la República para adelantar la negociación de los pliegos de modificaciones con los sindicatos de empleados públicos son inconvenientes notorios y suficientes para impedir que este tipo de procedimientos se ofrezcan a dichos servidores.”; (b) el Derecho a pertenecer a uno u otro régimen laboral no constituye un derecho adquirido, y el legislador tiene la potestad de determinar la estructura de la administración pública “la Corte Constitucional encontró que la prohibición a los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas de trabajo no afecta en nada los derechos laborales protegidos por la Constitución Política. Antes bien, tal limitación se encuentra acorde con lo dispuesto en el artículo 55 de la Carta, que consagra la posibilidad de establecer excepciones a la regla general de la negociación colectiva.”

Dicha normatividad también fue demandada en base a los convenios 87 y 98 de OIT, en sentencia **C-574/04** M. P. Vargas Hernández, la CCC afirmó “Igualmente consideró la Corte en la mencionada Sentencia, que el cambio de régimen no ofende las disposiciones internacionales que propugnan por la defensa de los derechos laborales de los empleados del Estado, específicamente las contenidas en los Convenios 87 y 98 de la OIT, recogidos por las Leyes 26 y 27 de 1976, ello porque los instrumentos internacionales en cita comprometen a los Estados parte en la promoción y estímulo del derecho de sindicación y negociación colectiva de los trabajadores, derechos que, como ha quedado expuesto, reciben una protección suficiente, aunque de atenuada intensidad, por parte de la legislación actual. Adicionalmente se preciso, que los Convenios internacionales citados no aplican plenamente en el caso de los trabajadores al servicio del Estado.¹⁶⁷”

En sentencia **T-1166/04** M. P. Araújo Rentería, un sindicato presentó tutela debido a que después de haber iniciado el proceso de arreglo directo, acabada esta etapa el mismo sindicato decidió por asamblea re-

16. Al respecto del tema ver Sentencias C-262 de 1995 MP Fabio Morón Díaz

tirar el pliego de peticiones, poniendo fin al conflicto colectiva, pero el Ministerio de la Protección Social decidió convocar a una Tribunal de Arbitramento Obligatorio (debido a que el sindicato era minoritario), la Corte parte de las regulaciones del CST afirmando que *“Así las cosas, ha de concluirse que la presentación del pliego de peticiones constituye un elemento esencial del conflicto colectivo del trabajo y, por ende, en ausencia de aquel no podrá existir éste.”*

Ahora bien al no existir normatividad acerca del retiro del pliego de peticiones, frente a la tesis de que el retiro del pliego es un acto jurídico inexistente, tesis que la corte considera contrario a la constitución pues *“Ello porque el constituyente consagró el derecho de negociación colectiva (art. 55 C.Pol) y porque el legislador no ha prohibido expresamente el retiro del pliego. Aquí debe recordarse que el sindicato tiene el carácter de un particular al que le está permitido hacer todo aquello que no se encuentra prohibido expresamente (Art. 6 C. Pol.)y no sea contrario al orden público.*

Además no debe dejarse de lado que el derecho consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política presenta dimensiones complejas, que negociar es más que proponer y someterse a las propuestas hechas, y que implica un verdadero juego de intereses en el que, existiendo como límite obvio los derechos y las prohibiciones constitucionales y legales, quien negocia está en capacidad de elegir los diversos medios de que dispone para obtener sus fines.

Como argumento adicional para descartar tal hipótesis, cabe indicar que admitirla también socava el derecho de asociación sindical. Se garantiza dicho derecho en la medida en que la capacidad de negociar implique una amplia discrecionalidad para quien negocia y , por consiguiente, asumir que aquello es sólo proponer sin posibilidad de revocar las propuestas, restringe el campo de acción de los sindicatos... En consecuencia, negar a aquellos la posibilidad de no negociar y de no someterse eventualmente a un tribunal de arbitramento, por el hecho de haber presentado el pliego de peticiones, es contrario al derecho de negociación y, por contera, al derecho de asociación sindical

...

No sobra recordar aquí que el objeto de la regulación del Estado colombiano en materia laboral es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.¹⁷ Por consiguiente, esta Corte debe rechazar la idea de que el conflicto laboral colectivo pueda continuar después del acto de retiro del pliego de peticiones, pues así se abriría la posibilidad de que se tomen decisiones totalmente adversas a los intereses de los trabajadores, haciendo que la relación asimétrica que existe entre las partes de la relación laboral, se haga aún más gravosa para la parte más débil de ella. El retiro del pliego de peticiones es válido hasta tanto no se produzca definitivamente un laudo arbitral o se logre acordar una nueva convención colectiva de trabajo”

En sentencia **T-491/05** M. P. Cepeda Espinosa, el empleador despidió a los trabajadores con indemnización y sin justa causa, días después de presentarle pliego de peticiones, la cual es una facultad que da la ley a los empleadores, sin embargo la Corte demostró durante el proceso que el *animus* del empleador fue impedir que los trabajadores se organizaran sindicalmente y no iniciar el proceso de negociación colectiva, afirmó “Además, aunque no se desconoce el derecho de la empresa a despedir trabajadores, en especial a los que han reincidido en conductas sancionables disciplinariamente, según el reglamento vigente, o por las demás razones establecidas en la ley -con o sin justa causa-, se prevendrá a la empresa para que en el futuro se abstenga de tener como elemento de juicio para decidir si un trabajador ha de ser desvinculado el solo hecho de que éste se afilie a un sindicato.

Finalmente, resta por aclarar que como en este proceso de lo que se trata es de salvaguardar los derechos constitucionales a la asociación sindical y a la negociación colectiva, no se dictarán órdenes de contenido económico. Las pretensiones relacionadas con ese punto se dilucidarán ante la justicia ordinaria”

17. Artículo 1º del Código Sustantivo del Trabajo.

Por último, y tal vez la sentencia mas trascendental es la **C-1234/05** Beltrán Sierra, en la cual se demanda el CST art. 416 que prohíbe la presentación de pliegos de peticiones o firmar convenciones colectivas a sindicatos de empleados públicos. Esta sentencia tiene por particularidad que ya se encontraban vigentes los convenios 151 y 154 de OIT, la posición de la Corte fue reiterar su jurisprudencia y dejar vigente dicha prohibición afirmando que: los empleados públicos tienen Derecho de sindicalización y por ende de búsqueda de soluciones negociadas o concertadas, pero sin afectar la facultad constitucional de fijar unilateralmente las condiciones de empleo y fijación de salarios. Así pueden participar en decisiones que puedan afectarlos -art. 2- además de ser deber del Estado la concertación y lograr una solución pacifica para sus controversias -art 55- La carta en nada se opone para que los empleados públicos presenten peticiones respetuosas a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan para lograr un acuerdo, lo que implica que el Derecho de negociación no esta anulado, igualmente el legislador podría permitir a los empleados públicos presentar pliego de peticiones.

Además el convenio 154 desarrolla plenamente la negociación colectiva como un procedimiento para fijar las bases fundamentales del trabajo, es un Derecho regulador de libertad en cabeza de los empleadores y trabajadores, con garantía constitucional aplicado a todas las ramas de actividad económica. La negociación colectiva tiene por objeto: i) Buscar una concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo, ii) desde el diálogo, iii) con el fin de defender intereses comunes en el conflicto, iv) con garantías para que los representantes sean oídos.

Tal finalidad (de la negociación colectiva) es mas amplia que los conceptos de convención colectiva o pacto colectivo, Así los empleados públicos tienen Derecho de negociación colectiva materializado en peticiones y consultas, participar en el proceso pero con la potestad unilateral para la administración de imponer la decisión final. La excepción para los empleados públicos de prohibir el presentar pliego de

peticiones o convención colectiva es una de las que aparece en el art. 55 CP. Los empleados públicos tienen vinculación legal y reglamentaria y permitir una convención o la presentación de pliego de peticiones atenta contra el interés colectivo por la parálisis en la función pública

Pero concluye afirmando que los instrumentos internacionales consagran la negociación colectiva de empleados públicos como una opción que pueden adoptar las autoridades nacionales, además de ser un mandato Constitucional. La Corte no desconoce el problema del ejercicio de la negociación colectiva de los servidores públicos ya que no existen mecanismos legales para hacer cumplir este Derecho, ni siquiera que las peticiones o reclamos sean atendidos por la administración pública, ni la existencia de autoridad que lo controle, ni que ello se refleje en proyectos de ley de presupuestos o de carrera administrativa, por eso el legislador en un tiempo prudente debe reglamentarlo. El Estado Colombiano se comprometió a lograr una solución concertada de los conflictos por medio de negociaciones (en sentido amplio) y el Estado-empleador no puede abstenerse de oír a los trabajadores

Así es posible concluir con esta sentencia que la posición de la CCC cambió respecto a la negociación colectiva de empleados públicos, pues admite que tienen ese derecho constitucional bajo una concepción amplia del mismo, sin embargo no ejercen un verdadero control estricto sobre la norma, por el contrario “pasan la responsabilidad” al legislador para que cree instrumentos de negociación colectiva a empleados públicos: *“Declarar **exequible** la expresión “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas” contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto.”*

1.3.5 Últimos pronunciamientos de la CCC, una puerta para la protección

En la reciente sentencia **C-063/08** M. P. Vargas Hernández, se hizo un análisis del concepto de negociación colectiva a la luz del convenio 154 de OIT, afirmando que: *“El alcance del derecho de negociación colectiva, lo ha señalado esta Corporación con base en lo dispuesto en el artículo 2º. del Convenio 154 de la OIT, en el cual se hace referencia a la negociación colectiva como un concepto genérico que alude a las negociaciones que tengan lugar entre un empleador, grupo de empleadores u organización de empleadores con una o varias organizaciones de trabajadores, con el propósito de fijar las condiciones que habrán de regir el trabajo y el empleo, o con el fin de regular las relaciones entre empleadores y trabajadores a través de las diferentes organizaciones de unos y otros. El derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos, así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores”* Es decir la CCC adopta una definición del derecho de negociación colectiva en sentido amplio, y acorde al convenio 154 de OIT.

Sin embargo no consagro una protección fuerte a dicha concepción, por el contrario admitió límites a la negociación colectiva que podría llevar a su inaplicación o vulneración: *“el derecho de negociación colectiva es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho de igualdad, si se*

tiene en cuenta que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono.¹⁸” Y en ese sentido la Corte estableció:

“Derechos que presentan diferencias en cuanto a su naturaleza, pues mientras que el derecho de asociación sindical es de naturaleza fundamental, el de negociación colectiva prima facie no tiene este carácter, aunque puede adquirirlo cuando su vulneración implica la amenaza o vulneración del derecho al trabajo o de asociación sindical¹⁹” Posición normativa que no implicaría un retroceso en las herramientas para garantizar dicho derecho, pero la CCC establece que:

“Además, ninguno de los derechos en mención tiene un carácter absoluto en cuanto pueden ser limitados por la ley, de conformidad con lo previsto en la Constitución. En efecto, tales limitaciones deben ser razonadas y proporcionadas y, como lo ha considerado esta corporación, las limitaciones a los derechos de sindicación y de negociación colectiva podrán ser justificadas en cuanto busquen proteger bienes constitucionalmente relevantes como la prevalencia del interés general, el cumplimiento de los objetivos trazados por la política económica y social del Estado, la estabilidad macroeconómica y la función social de las empresas, entre otros²⁰” Argumento que puede llegar a ser completamente perjudicial para la práctica y protección del derecho de negociación colectiva, pues implica que para el legislador o para la rama administrativa existe una amplia discrecionalidad para limitar el

18. La CCC además afirma que “si bien existe una clara relación entre los citados derechos, de todas maneras cada uno es distinguible del otro en cuanto que el derecho de asociación sindical persigue asegurar la libertad sindical, mientras que el de negociación colectiva se constituye en un mecanismo para regular las relaciones laborales.” Esta posición normativa resulta ser contraria a las decisiones del CEACR y CLS, pues para ellos la negociación colectiva hace parte de la libertad sindical, posición que había adoptado la CCC en sentencia C-797/00

19. Ver entre otras sentencias la T-418 de 1992, SU-342 de 1995, C-161 de 2000 y C-1050 de 2001.

20. Sentencia C-280 de 2007.

derecho de negociación por razones macroeconómicas o por políticas de Estado.²¹

Por último la CCC adopta como línea jurisprudencial de negociación colectiva una interpretación limitada del convenio 154:

“El artículo primero del Convenio establece una regla de amplio alcance sobre su ámbito de aplicación pues señala que **éste cobija todas las ramas de actividad económica**, concepto extenso que abarca tanto al sector público como el privado de la economía, sin hacer distinciones entre trabajo rural y urbano ni tampoco en relación con el tamaño de las unidades de producción. **Cuando examinó este precepto la Corte Constitucional sostuvo que la legislación interna colombiana podría delimitar el alcance de la referencia a todas las ramas de la actividad económica, y que en todo caso esta expresión era “más amplia que la definición de empresa, pues esta última es tan solo una modalidad de aquella, por lo cual no la agota”²².**

Esta regla general de aplicabilidad es matizada por los incisos siguientes del mismo artículo, los cuales permiten a **los Estados partes regular de manera distinta el derecho de negociación colectiva respecto de ciertos sujetos o respecto de ciertos sectores económicos**. De este modo el inciso segundo remite a la legislación nacional la determinación de si la negociación colectiva puede predicarse respecto de las fuerzas militares y de la policía, asunto que debe ser decidido por el ordenamiento interno de cada Estado.

En la misma dirección, el tercer inciso del mismo artículo

21. Además la CCC bajo su jurisprudencia respecto al bloque de constitucionalidad (esto es que sólo entran al bloque de constitucionalidad las normas que la Corte expresamente incluya como tales), afirma que el convenio 154 de OIT no hace parte del bloque de constitucionalidad ni en sentido estricto, ni en sentido lato. Para aplicación del derecho de negociación colectiva esto implica un retroceso, pues en 1998 se firmó en OIT la declaración de derechos fundamentales del trabajo, en el que se incluye expresamente el de negociación colectiva.

22. Sentencia C-161 de 2000.

prevé que **la legislación interna podrá fijar modalidades particulares de negociación para la administración pública**, tema que por otra parte ha sido tratado de manera extensa por la Corte Constitucional especialmente en cuanto al alcance de este derecho respecto de los empleados públicos²³.

En esa medida el derecho de negociación colectiva de los empleados de las entidades públicas puede estar sujeto a especiales restricciones de índole legal, las cuales encuentran justificación precisamente en las particularidades de la vinculación legal, reglamentaria o contractual de los servidores públicos con la administración, por una parte, y adicionalmente a los peculiares intereses que tutela y satisface el Estado.”

Esta interpretación si bien resulta acorde a los convenios en un sentido textual de la norma, implica para la legislación colombiana, una posición normativa que no fomenta el derecho de negociación, pues genera que la normatividad del CST, actualmente restrictiva, continúe en vigencia hasta tanto el legislador establezca una norma sobre negociación para empleados públicos. Es decir la CCC no asume la responsabilidad de hacer control a la normatividad para proteger los derechos constitucionales de negociación colectiva.

1.4 Cuarto paso (en falso) de la negociación colectiva:

Los convenios de OIT ratificados por Colombia, hoy no se aplican

Los convenios 151 y 154 de OIT, entraron al ordenamiento jurídico colombiano a través de las leyes 411/97 y 524/99 respectivamente. Ambas fueron tramitadas por iniciativa gubernamental, pero resulta particular que la entrada de estas normas no haya tenido una mayor repercusión en las relaciones laborales de los empleados públicos.

Los convenios establecen una serie de derechos y obligaciones los cuales deben ser asumidos por el Estado, es decir, no basta con la rati-

23. Ver sentencias C-110 de 12994, C-377 de 1998 y C-1234 de 2005.

ficación del tratado sino que es necesario adoptar medidas legislativas y administrativas para poner en práctica dichas normas

Obligaciones y derechos del Convenio 151:

- Garantizar para empleados públicos una protección contra todo acto de discriminación antisindical, bien sean de injerencia, intimidación, despidos o perjuicios que puedan recibir por su afiliación o participación en un sindicato
- Derecho de autonomía de dichos sindicatos, y protección en su constitución, funcionamiento o administración
- Garantizar facilidades o herramientas a empleados públicos para un correcto y eficaz funcionamiento del sindicato, sea en horas de trabajo o fuera de ellas, sin que estas puedan perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración
- “Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”
- Garantizar la solución de conflictos relativos al establecimiento de condiciones de empleo por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.
- Garantizar a los empleados públicos los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio de la libertad sindical.

Obligaciones y derechos del convenio 154:

- La obligación de la administración o la legislación de “fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio”
- Determina el alcance del derecho de negociación colectiva a: fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y las organizaciones de ambos.

- Derecho de negociación de las organizaciones mas representativas
- La obligación de fomentar la negociación, tomando las medidas adecuadas para ello (legislativas y administrativas), con el objeto de: a) la negociación colectiva se aplique a todos los empleadores y todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique este convenio, b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias sobre condiciones de trabajo y relaciones entre trabajadores y empleadores, c) sea fomentado el establecimiento de reglas convenidas entre organizaciones de trabajadores y empleadores, d) la negociación colectiva no se vea obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo, e) los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales estén concebidos de tal manera que fomenten la negociación colectiva
- Que las medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deben ser objeto de consultas previas y cuando sea posible de acuerdos entre autoridades públicas, empleadores y trabajadores.
- Las medidas previstas para fomentar la negociación no deberán ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación.

Dichos derechos y obligaciones no son aplicados hoy en Colombia, como se ve en la sentencias de la Corte Constitucional, la interpretación de esos convenios no cambió la regulación restrictiva del código sustantivo del trabajo. Aún mas grave, es que ya han pasado 10 años desde la expedición de las leyes 411 y 524 las cuales consagran los convenios, pero no se han expedido normas nuevas que amplíen la negociación mas haya del CST, o derogado normas del mismo código que son restrictivas o contrarias a los convenios OIT ratificados por Colombia.

Tan solo una norma se ha declarado inconstitucional (sentencia C-063/08 participación de sindicatos minoritarios en la negociación colectiva), dejando vigentes la prohibición de negociación para empleados públicos, federaciones y confederaciones, entre otras normas.

Si bien la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha basado en una definición restringida de la negociación colectiva, sentencias como la C-1234/05 y la C-063/08 defienden un concepto amplio de negociación colectiva, pero en la sentencia de 2005 no se ejerció un control estricto de constitucionalidad y por el contrario, se dejó la protección y el desarrollo a cargo del Congreso de la república. Hoy este sigue siendo un grave error, ante la omisión legislativa la violación al derecho humano de negociación colectiva continua siendo a través de la legislación.

2. LAS LEYES SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN COLOMBIA, FUERON CREADAS BAJO UNA CONCEPCIÓN RESTRINGIDA DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN.

2.1 Código Sustantivo del Trabajo CST

El CST es la norma básica de negociación colectiva, pero concebida para aplicarla en 1950 dentro de una empresa, es decir un concepto restringido de negociación. En la actualidad da los lineamientos para todo tipo de negociación colectiva, es decir, en Colombia los acuerdos que logren empleadores y trabajadores tienen una misma estructura, y gozan de la misma serie de derechos y protecciones, independientemente de las necesidades particulares o que sea en diferentes niveles de negociación. Por ello para analizar el alcance y las problemáticas del derecho a la negociación colectiva se debe partir de éste código.

El modelo de negociación que se consagra en este código fue creado en la sociedad de 1950, bajo unas relaciones laborales industrializadas, pero además excluyendo diversos tipos de relaciones laborales, tales como la de empleados públicos, trabajadores independientes, e informales, y sin llegar a prever las relaciones laborales distintas a las derivadas de los contratos de trabajo como las de prestación de servicios o las de asociados a cooperativas de trabajo.

Ha pasado medio siglo y las relaciones laborales avanzan, mientras que la regulación de la negociación colectiva se queda estancada en estas normas, así problemáticas surgidas en las relaciones laborales de los empleados públicos frente a reestructuraciones, o la implementación de los sistemas de carrera administrativa, se agudizan más en el tiempo por la exclusión de la negociación de una de las partes dentro de esa relación laboral. Pero de igual forma la negativa a negociar colectivamente con los corteros de caña, asociados por cooperativas de trabajo, en septiembre de 2008, a pesar de que estos estuviesen organizados y con intenciones de hacer una negociación con todo el sector productivo de la caña, las intenciones de los trabajadores de ejercer su derecho de negociación, se vieron frustradas porque la regulación del código excluye a los trabajadores que no tengan contrato laboral²⁴, o es inexistente frente a la posibilidad de realizar negociaciones por industria²⁵

Para estudiar las problemáticas y el derecho a la negociación colectiva del CST es posible dividirlo en cuatro ámbitos i. procedimiento legal de la negociación, ii. Derechos dentro de la negociación, iii. Convenciones y pactos colectivos iv. Sindicatos de empleados públicos

Procedimiento legal de la negociación

Para el CST la negociación colectiva se regula como un proceso,

-
24. Bajo el régimen jurídico de las cooperativas de trabajo asociado, se ha negado la calidad de trabajadores de sus afiliados, bajo el argumento que estos tienen una vinculación autónoma y sin subordinación, cuestión que dista de la realidad de este tipo de relación laboral por muchos motivos, para señalar algunos la falta de aplicación de derecho mínimos humanos como el derecho de huelga, salario, asociación sindical o negociación colectiva, el hecho de que la CTA no sean dueña de lo producido por sí misma, y el hecho que en la práctica sean utilizadas como formas de intermediación laboral que permiten externalizar los costos laborales de las empresas que las utilicen
 25. Uno de los puntos que reclaman los corteros de caña ha sido una mesa única de negociación para todos los ingenios, sin embargo no existe una norma jurídica que obligue a los empleadores a crear un órgano de representación o siquiera a sentarlos en una sola mesa, a negociar condiciones laborales uniformes en una industria

el cual tiene por inicio la presentación de un pliego de peticiones por parte de los trabajadores sindicalizados, acorde al artículo 374 y 432 CST. En ese sentido, es la asamblea de trabajadores quien adopta un documento que se presenta al empleador en los dos meses siguientes a la celebración de la misma, con peticiones relativas a las condiciones de trabajo o a cualquier otro tipo de diferencias no sometidas a la Ley, art. 374.2 y 376 CST²⁶.

Ahora bien, si en la empresa se encuentra vigente una convención colectiva, el proceso de negociación se puede iniciar con la denuncia que haga una o ambas partes manifestando que se pretende dar por terminada la convención colectiva de trabajo, art. 479; esto no significa que el empleador pueda iniciar el proceso de negociación colectiva a través de la denuncia, pues la sola manifestación de la denuncia no le resta eficacia jurídica a la convención colectiva vigente, se requiere “un nuevo acuerdo entre las partes en lugar de la imposición unilateral de condiciones laborales diferentes

...

Ahora bien, referido al tema de los efectos de la denuncia de la convención colectiva por parte del empleador, se tiene que la armonización concreta de los derechos e intereses de las partes lleva a reconocer que el empleador tiene la facultad de manifestar su rechazo a la continuidad de la convención colectiva mediante su denuncia, pero sin que ello pueda ser entendido como rompimiento de la paz laboral, como iniciación del conflicto colectivo o como la presentación de un pliego de peticiones, potestad reservada por legislación vigente a los trabajadores. El ejercicio de la facultad de denuncia por el empleador

26. La Ley 50/90 art. 51 adicionaba al art. 376, allí se estableció que si el conflicto colectivo se comprometía una sindicato de industria o gremial que agrupase más de la mitad de los trabajadores de la empresa, la negociación recaía sobre este tipo de sindicatos, sin embargo la CCC en sentencia C-797/00 declaró inconstitucional la norma pues generaba una mayoría calificada, que resultaba ser una discriminación negativa a comparación de los sindicatos de base, pues acorde a los convenios de OIT ambos sindicatos tienen los mismos derechos.

no puede llegar al extremo de negar el carácter protector de los derechos de los trabajadores que sin ser el único, como se verá posteriormente, sí es propio de la convención colectiva de trabajo. La denuncia de la convención colectiva tiene el efecto de manifestar la intención de renegociar la convención colectiva, porque se está inconforme con la vigente.” (Subraya fuera de texto, Sentencia C-1050/01)

Al presentar el pliego de peticiones el sindicato debe designar negociadores en su representación²⁷, también esta designación es una facultad exclusiva de la asamblea del sindicato, art. 376. Estos negociadores y los que representen a la empresa tienen una presunción legal de plenos poderes de negociación, es decir se presume por Ley que pueden celebrar acuerdos que vinculan a sus representados, Los acuerdos que estos alcancen no son susceptibles de replanteamientos o modificaciones en etapas posteriores al conflicto, en ese sentido los acuerdos a que se lleguen en la se harán constar en actas que deben ser suscritas a medida que avancen las conversaciones y que tendrán carácter de definitivo, art. 435 CST.

Definido el pliego de peticiones y los representantes de los trabajadores, el empleador y las autoridades tiene la obligación legal de atender oportunamente a los representantes de los sindicatos, art. 375 CST. En ese sentido el art. 433 sobre la iniciación de conversaciones estima, que la obligación de recibir a los delegados en las 24 horas siguientes a la presentación del pliego de peticiones. El empleador que niegue o eluda la negociación, será sancionado por los inspectores de trabajo con multas por cada día a favor del SENA, y deberá consignar el valor de

27. La Ley 584/00 art. 16 que modificó el art. 432 establecía algunas calidades para poder ser delegado negociador por parte del sindicato, pero esta norma fue declarada inconstitucional por las sentencias C-622/08 y C-797/00 en esta última se afirmó “Los requisitos exigidos por los artículos demandados son discriminatorios, ya que los sindicatos son libres para escoger las personas que realicen funciones de representación, y por tanto, restringir esa posibilidad imponiendo calidades o condiciones no tiene cabida alguna, puesto que los estatutos y los reglamentos administrativos son los llamados a fijarlos, conforme a los establecidos en los citados convenios de la O.I.T.”

las multas para poder interponer recursos.

La duración de las conversaciones será por 20 días calendario prorrogable por común acuerdo por otros 20 días calendario, de llegar a un acuerdo se firmará una convención colectiva que sirve para regular las condiciones de trabajo. El art. 373 núm. 3 le da competencia a la persona jurídica sindicato, para celebrar convenciones colectivas, las cuales pueden fijar o variar las condiciones laborales dentro del contrato de trabajo que firman los trabajadores al momento de vincularse en un trabajo.

Si pasado el tiempo las diferencias continúan, se suscribe un acta final donde se registran los acuerdos y dejaran constancias expresas sobre las diferencias, de igual forma si no se llega a un acuerdo total o parcial, art. 436 CST. Esto no da pie a que existan un sin numero de convenciones colectivas vigentes dependiendo de el número de sindicatos que coexistan en la empresa, *“El Decreto 904 de 1951, dispone que no puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario”* (C-063/08)

De pasar el tiempo y persistir las diferencias, el sindicato tiene dos opciones, elegir iniciar la huelga como forma de presión en la negociación colectiva, art. 444, u optar por un tribunal de arbitramento obligatorio como forma de solucionar el conflicto colectivo, art. 452.

La elección de los árbitros según el art. 132 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, cada parte elegirá un arbitro, y entre estos se elegirá un tercero, de no encontrar un acuerdo los árbitros, será elegido por el inspector de trabajo.

Respecto a la elección de la huelga, como forma de presión, en Colombia se viven muchas diversas problemáticas, entre injerencias de las autoridades administrativas, violaciones a la vida, secuestros, presiones indebidas, despidos masivos, falta de regulación de servicios

mínimos, abuso de la figura de servicios esenciales o limitaciones de la ley al ejercicio de la huelga; lo que ha llevado a algunos sindicatos a no ejercer su derecho de huelga y tener que optar por el tribunal de arbitramento para la solución de sus conflictos.

La experiencia sobre los tribunales de arbitramento, no son muy gratificantes para los trabajadores, pues jurisprudencialmente se han perdido una serie de protecciones propias del derecho laboral (protección a la parte subordinada), de igual forma algunos tribunales han asumido competencias frente a temas no debatidos entre las partes, pero que fueron denunciados por el empleador²⁸ (CSJ, Cas. Laboral sentencia 18 de abril de 2006 M. P. Gnecco Mendoza),

El art. 458 establece los temas sobre los cuales pueden decidir los árbitros, esto es, los puntos sobre los cuales las partes no pudieron llegar a un acuerdo en la etapa de arreglo directo o conciliación,

La importancia dentro del proceso de negociación colectiva del tribunal de arbitramento obligatorio es, acorde al art. 461 CST que el fallo arbitral pone fin al conflicto y tiene el carácter de convención colectiva en cuanto a las condiciones de trabajo

Como puede observarse, la regulación del CST esta estructurada como negociación entre sindicatos y una empresa base, a excepción de algunas normas que se refieren a la negociación colectiva de sindicatos gremiales o de industrial, sin llegar a consagrar una negociación de gremio o industria.

La primera de estas es la Ley 48/68 que establece, “*art. 3 num. 5 cuando el setenta y cinco por ciento (75%) o más de los trabajadores de una misma profesión, oficio o especialidad al servicio de una empresa estén afiliados a un solo sindicato gremial, el pliego de peticiones que éste le presente a la empresa deberá discutirse directamente con ese sindicato, y el acuerdo a que se llegue formará un capítulo especial de la respectiva convención colectiva de trabajo*”

28. En la practica los empleadores denuncian la totalidad de la convención para que en el Tribunal de arbitramento, o el juez que resuelve el recurso de homologación del laudo arbitral

Esta norma no crea una negociación por gremio, por el contrario es una negociación en una empresa, donde se garantiza un capítulo con un gremio específico. Además la norma no genera una garantía para este tipo de sindicatos, por el contrario establece una mayoría calificada para establecer ese capítulo especial, podría afirmarse que resulta siendo una mayoría en extremo excesiva.

La segunda norma que estableció el código era el párrafo del art. 376 del CST adicionado por la Ley 50/90 art. 51, que establecía “*cuando en el conflicto colectivo esté comprometido un sindicato de industria o gremial que agrupe más de la mitad de los trabajadores de la empresa, éstos integrarán la asamblea para adoptar pliegos de peticiones, designar negociadores y asesores y optar por la declaratoria de huelga o someter el conflicto a la decisión arbitral*”. Esta norma fue declarada inexecutable por la CCC (Sentencias C-797/00 y C-622/08), básicamente por dos razones, en primer lugar se establecía una mayoría calificada que discriminaba entre sindicatos de base y los de industria, situación contraria al convenio 87 art. 10 y el art. 13 C. P. que consagran el derecho a la igualdad de los distintos sindicatos, en segundo lugar porque lo relativo a la representación sindical hace parte de la libertad sindical consagrada en el art. 3 del convenio 87, “*es cuestión esencial que hace parte del derecho de asociación y de la libertad sindical, razón por la cual en esta materia no puede, en principio, intervenir el legislador*” (C-797/00)

La tercera norma art. 357 CST, también fue declarado inexecutable por la CCC sentencia C-063/08, en esta se establecía que, cuando en una empresa coexistiere un sindicato de base con uno gremial, para todos los efectos de la contratación colectiva, la titularidad recaía en el sindicato que tuviese la mayoría de trabajadores. La regulación anterior a la sentencia establecía, Dec. 1373/66 art. 11, establecía que la asamblea del sindicato mayoritario definiría si adopta o no las peticiones del sindicato minoritario, esto implicaba la pérdida del derecho de negociación colectiva del sindicato minoritario razón por la cual fue declarada inexecutable la norma.

Si bien estas últimas dos normas no operan en nuestro ordenamiento jurídico, cuando lo estuvieron vigentes tampoco implicaban una regulación de negociación colectiva de industria o gremio, por el contrario era una negociación de base con un sindicato de industria, y para poder realizar negociaciones por industria se requeriría que dicho sindicato contara con la mayoría de afiliados y trabajadores en cada una de las empresas de esta rama.

Derechos dentro de la negociación

Después de observar como se consagra la negociación colectiva en el CST, es necesario resaltar los derechos consagrados en el mismo, dentro de la negociación por arreglo directo, contrastando si estos cumplen los principios de buena fe, y de negociación libre y voluntaria.

En primer lugar, por la importancia para la protección de los trabajadores, se encuentra el art. 25 del Decreto-Ley 2351/65 llamado por la doctrina el fuero circunstancial, *“los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”*. En Colombia existe la posibilidad de que el empleador despidiera sin justa causa a trabajadores, mediando el pago de una indemnización por despido injusto, esta posibilidad resultaría lesiva para el sindicato si el empleador, durante una negociación colectiva, comenzara a despedir representantes o trabajadores previa indemnización. La Ley protege los derechos del sindicato para que puedan negociar con mayores garantías y de manera mas libre al generar que el empleador tenga que justificar los despidos que haga ante un juez imparcial.

En este sentido, dicha protección fue ampliada por el D. R. 1469/78 art. 36, pero haciendo la salvedad que dicha protección no opera para empleados públicos *“la protección a que se refiere el art. 25 del decreto 2351/65 comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, des-*

de el momento de su presentación al empleado hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”

las normas de este capítulo no se aplican a los empleados públicos, sujetos a estatuto especial”, esa salvedad porque los trabajadores que tienen este vínculo laboral no pueden presentar pliegos de peticiones.

Para garantizar la posibilidad de negociar y proteger el derecho de asociación, el art. 354 lit c), y el establece una sanción por negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales, esta serán multas sucesivas por cada día que pase, Ley 11/84 art. 21, a favor del SENA.

La Ley 789/02 norma creada con posterioridad a la Constitución Política, cambió la regulación sobre el contrato de aprendizaje, específicamente sobre el derecho de negociación colectiva estableció en su art. 30 que *“En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”*, es decir es un tema mas que por decisión del legislativo quedo excluido del derecho de negociación, con un par de débiles argumentos: por una parte que estos trabajadores aprendices no tienen una subordinación laboral sino educativa, teniendo en cuenta que se encuentran subordinados a las disposiciones y directrices de la empresa, y que está se beneficia económicamente de su trabajo. Un segundo argumento fue el generar nuevo empleo para trabajadores que comienzan su vida laboral, sin embargo no es esa una razón suficiente para que estos nuevos trabajadores pierdan temporalmente sus derechos de asociación sindical, huelga y negociación, es una norma que impide mejorar las condiciones de trabajo en razón a ser trabajadores aprendices, beneficiando económicamente a la empresa que hace uso de este trabajador

Frente al derecho de las federaciones y confederaciones de firmar convenciones colectivas existe una contradicción entre las normas del CST. Por una parte acorde a las normas que definen las funciones de

las federaciones y confederaciones, art. 418, estas no tienen como función la presentación de pliego de peticiones, ni firma de convenciones colectivas, incluso el art. 426 afirma que las organizaciones de segundo y tercer grado, pueden asesorar las organizaciones afiliadas a ellas, en la tramitación de los conflictos, pero no se refieren a la posibilidad que federaciones o confederaciones puedan negociar por sí solas.

Por otra parte el art. 467 CST que establece que se entiende por convención colectiva, afirma que es la celebrada por uno o varios empleadores y “uno o varios sindicatos o federaciones”, excluyendo a las confederaciones del derecho firmar convenciones colectivas. La problemática sobre el derecho de negociación colectiva de federaciones y confederaciones se agudiza en la práctica, pues no existe en la actualidad una convención colectiva vigente en Colombia, firmada por federaciones o confederaciones, todo tipo de negociación se desarrolla como negociación de empresa y concluye con firmas de convenciones entre empresas y sindicatos, no en niveles superiores.

Convenios y pactos colectivos

La convención colectiva la define el art. 467 como “*es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia*”, es decir tiene la facultad de regular y cambiar los contratos de trabajo, siempre con el objeto de mejorar las condiciones dentro del trabajo, claro que se debe tener en cuenta que el Decreto 904/51 sólo una convención en la empresa.

El art. 468 CST define el contenido de la convención colectiva, pero no es una definición o límite de temas, sino por el contrario establece una serie de requisitos de forma para darle mejor eficacia y seguridad de cumplimiento, tales como, las condiciones de trabajo, indicar la empresa o establecimiento, industria y oficios que comprenda, el lugar o lugares donde va a regir, fecha de entrada en vigor, plazo de duración, causas y modalidades de su prórroga, desahucio o denuncia, y respon-

sabilidad por incumplimiento.

La convención colectiva se debe celebrar por escrito, y debe ser depositada ante el Ministerio de Protección Social o la autoridad que haga sus veces, art. 469 CST

La aplicación de la convención colectiva celebrada se da de manera limitada. El art. 470 CST afirma que la convención colectiva se les aplica sólo a los trabajadores asociados al sindicato si estos son 1/3 parte o menos de los trabajadores de la empresa, y quienes se adhieran posteriormente o ingresen al sindicato

Ahora bien acorde al art. 471 CST si los afiliados a los sindicatos exceden de la 1/3 parte de los trabajadores de la empresa, las normas convencionales se extienden a todos los trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados, y de igual forma si el numero excede con posterioridad. En ese sentido el D. L. 2351/65 establece que los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de la convención colectiva, deben pagar al sindicato suma igual a la cuota ordinaria con que contribuyen los trabajadores afiliados a un sindicato.

De disolverse el sindicato la convención seguirá vigente respecto a los derechos y obligaciones del empleador y sus trabajadores, art. 474

Como forma de protección de los derechos convencionales, el CST art. 475 establece una legitimación por activa, para que los sindicatos puedan iniciar acciones jurídicas de cumplimiento de las normas convencionales, y de igual forma el art. 476 da legitimación por activa a los trabajadores que individualmente sufran perjuicios por dicho incumplimiento

Respecto a la vigencia de las convenciones colectivas, es libertad de las partes establecer los términos de la misma, sin embargo de no expresar un plazo de duración, el art. 477 del CST la presume celebrada por término sucesivos de 6 meses; o de cumplirse el plazo pactado y no expresar por escrito la voluntad de terminar la convención, el art. 478 presume que se prorrogara en periodos sucesivos de 6 en 6 meses

Art. 479 para que tenga valides la manifestación escrita de termino de la convención, se debe presentar por escrito ante el inspector o

la autoridad correspondiente, pero la convención colectiva continuará vigente hasta que se firme nueva convención, si la denuncia es hecha sólo por el patrono, continua vigente porque el empleador no puede presentar pliegos. En la sentencia T-1166/04 de la CCC se afirmó “*Así las cosas, esta Corte ha aceptado la hipótesis según la cual el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 del Decreto Legislativo 616 de 1954, que trata de la denuncia de la convención colectiva, prevé dos formas de iniciación del conflicto colectivo : i) la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la presentación del pliego de peticiones por parte de la organización sindical; o ii) la denuncia de ambas partes separadamente*”²⁹. En ambas situaciones, el conflicto se extiende hasta cuando se celebre una nueva convención colectiva de trabajo o se emita el correspondiente laudo arbitral.³⁰

La Sala debe precisar que una cosa es la denuncia de la convención y otra la iniciación de una negociación después de que se ha planteado un conflicto colectivo. La denuncia de la convención colectiva, o sea, la manifestación de voluntad de darla por terminada, por una de las partes o por ambas, no tiene la virtud, por sí sola, de plantear el conflicto colectivo y en todo caso es necesaria, aunque la denuncia sea bilateral, la presentación de un pliego de peticiones por parte de los trabajadores, que sirva de base para la negociación de una nueva o para la eventual decisión del Tribunal de Arbitramento. Así las cosas, ha de concluirse que la presentación del pliego de peticiones constituye un elemento esencial del conflicto colectivo del trabajo y, por ende, en ausencia de aquel no podrá existir éste.” (Subraya fuera de texto)

Esto no implica que sea imposible negociar las convenciones colectivas para los empresarios que las firman, pues acorde al art. 480 CST las convenciones se pueden revisar cuando sobrevienen imprevisibles

29. Acerca de la evolución jurisprudencial de los efectos de la denuncia de la convención colectiva por parte del empleador, se puede consultar la Sentencia de Casación proferida el 29 de enero de 2004 por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de referencia No. 21944.

30. Ver Sentencia T-656 de 2004.

y graves alteraciones de la normalidad económica, afirmó la CCC en sentencia C-1050/01 *“La legislación y la doctrina diferencian entre las instituciones de la revisión y la denuncia de la convención colectiva de trabajo. Con la primera se introduce la teoría de la imprevisión al ámbito laboral, con lo que se permite a las partes pedir la revisión de la convención colectiva cuando sobrevienen “imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica” (art. 480 C.S.T) que hacen excesivamente oneroso e incluso imposible continuar con la operación de la empresa. En este evento, se ha entendido que la revisión no puede afectar toda la convención sino sólo las cláusulas de contenido económico que dieron lugar al desequilibrio que se pretende corregir, bien sea mediante el acuerdo de las partes o mediante la intervención del juez laboral”*

Existe una norma de particular redacción, pero de casi imposible aplicación, el art. 472 del CST establece una extensión de la aplicación de las convenciones colectivas de trabajadores de rama o industria, a través de un acto gubernamental, pero esto se da para una determinada región económica (que define el legislador), por la voluntad unilateral del gobernante de turno en dicha región, y siempre que en esas empresas no existan otras convenciones que consagren mejores condiciones de trabajo, es decir no es propiamente una negociación colectiva por rama o actividad económica, sino una imposición gubernamental que amplía la aplicación de una convención sin tener que involucrar a las partes.

Por último una de las normas más perjudiciales para las organizaciones sindicales en Colombia, el art. 481 modificado por la ley 50/90 art 69 que define los pactos colectivos como, *“Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados”* los cuales siguen el mismo procedimiento que la negociación de una convención, pero *“solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos”*. Acorde al art. 70 Ley 50/90 si en la empresa existe uno o varios

sindicatos que agrupen más de la 1/3 parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes.

La problemática que deviene con los pactos colectivos es que en Colombia pueden coexistir ambas figuras, convenciones colectivas y pactos colectivos, siendo utilizado los pactos como formas de discriminar y perjudicar la negociación y afiliación a los sindicatos, situación muy reiterada en los últimos años.

La CCC en sentencia T-100/08 se recoge esta practica *“Estas objeciones no son de recibo dentro de este proceso. Lo que se analiza dentro del mismo es si se vulneró el derecho de los actores a la asociación sindical a través del ofrecimiento de mejores condiciones económicas a los empleados de la Universidad que no se afilien al sindicato. Y, de acuerdo con el expediente, eso es lo que ha ocurrido. Varios trabajadores decidieron crear una filial de SINTRAUNICOL en la Seccional Cali de la Universidad de San Buenaventura. La reacción inicial de la Universidad fue despedir a varios de los fundadores del sindicato, si bien aceptó posteriormente reintegrarlos. Después de lo anterior, la Universidad decidió suscribir un pacto colectivo, en el cual ofrece, en distintos puntos, mejores condiciones económicas a los trabajadores que no se afilien al sindicato. Ese tratamiento diferencial está operando en la práctica, de acuerdo con el mensaje que enviara el rector de la Seccional, por el correo electrónico, a todos los empleados de la Universidad.*

Por lo tanto, en este caso es claro que se vulneró el derecho de los actores a la asociación sindical, lo mismo que el principio de igualdad, al establecer diferenciaciones laborales en desmedro de los trabajadores sindicalizados.

Por todo lo anterior, se concederán las tutelas impetradas por los actores, por violación del derecho a la asociación sindical y al principio de igualdad”

La utilización de pactos colectivos como desestímulo a la afiliación o a la negociación, no es una práctica nueva, reciente o desconocida

por el gobierno colombiano y el ministerio de la protección social, son reiterados los casos que han llegado hasta el Comité de Libertad Sindical, véase por ejemplo casos como el 2493 en sus informes 349, 344, el caso 2362 en el informe 350, o el caso 2068 entre muchos otros. Se agudiza dicha problemática, que es muy reiterada, y atenta directamente contra los derechos de libertad sindical por la posición del Gobierno Colombiano y el ministerio de protección social en todos los casos de discriminación sindical por firma de pactos colectivos, pues citando la sentencia SU-342/95 de la CCC, afirman que existe libertad patronal para celebrar pactos colectivos cuando los sindicatos son minoritarios, y fijar condiciones de trabajo, y que la negociación con trabajadores no sindicalizados es acorde a los convenios de OIT.

El Comité de Libertad Sindical continuamente solicita al gobierno que realicen investigaciones independientes que permitan conocer si la existencia del pacto colectivo afecta derechos sindicales, o por el contrario le solicita al gobierno que tome las medidas necesarias para que no se recurra a los pactos colectivos como forma de perjudicar las negociaciones colectivas o las convenciones colectivas vigentes.

La solución mas acorde a los convenios de libertad sindical ratificados por Colombia, la ha dado éste órgano de control: “944. La Recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y las organizaciones de trabajadores”³¹

31. Del libro: libertad sindical recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical del consejo de administración de la OIT (quinta edición), recopilación 944, véase informe 333er caso 2251 par. 977, informe 332º caso

Empleados públicos

La Constitución Política en su art. 55 consagra el derecho de negociación colectiva con las excepciones que establezca la ley, respecto a ese derecho en el caso de empleados públicos, es el CST quien hace una limitación tal que impide el ejercicio del derecho de negociación, en otras palabras la regulación del código sustantivo del trabajo de la negociación colectiva en empleados públicos, no satisface los estándares mínimos del derecho humano de negociación, es una discriminación legal desproporcionada e injustificada contra estos trabajadores.

En primer lugar el CST en su artículo 414-4 establece que los sindicatos de empleados públicos tienen competencia para presentar memoriales respetuosos, excluyendo el derecho de presentar pliegos de peticiones. En ese sentido el art. 416 afirma que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, la posición de la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral es clara al establecer que los sindicatos de empleados públicos no tienen esos derechos (CSJ Casación laboral sentencia 16788 junio de 2001 M. P. German Valdés Sánchez)

Esta norma resulta en extremo lesiva, y contradictoria con los convenios 151 y 154 de negociación colectiva en lo relativo a empleados públicos, ambos ratificados por Colombia. El CST art. 416 fue demandado ante la CCC que resolvió en sentencia C-1234/05, la cual ya fue analizada en este texto, y que deja la tarea de proteger y desarrollar el derecho de negociación colectiva de empleados públicos al congreso de la república, situación que hasta el día de hoy no ha sido establecida en una norma.

El incumplimiento a las obligaciones del convenio 151 y 154, incluso a la sentencia C-1234/05, ha generado la imposibilidad para estos sindicatos de realizar negociaciones formales, y ha medida que pasa el tiempo ha generado precarización en sus condiciones laborales, y como resultado en 2008 se han celebrado huelgas de trabajadores de la rama

2216 par 909, entre otros

judicial, protestas de trabajadores de la Registraduría, la DIAN, trabajadores de Hospitales públicos o docentes vinculados con el Estado, las mas fuertes y duraderas declaradas ilegales por el Ministerio de la Protección Social (antes de la ley 1210/08).

La regulación del CST y la falta de desarrollo legislativo de los convenios 151 y 154 han llevado al incumplimiento y a la ineficacia e inexistencia de los derechos de negociación colectiva de empleados públicos.

Se consagra además en el art. 415 CST la obligación por parte de las autoridades de recibir a los representantes sindicales y procurar la solución de sus peticiones respetuosas, sin embargo esto no implica una negociación bilateral, sino la determinación unilateral de la autoridad de turno de asumir las problemáticas y peticiones, en la practica no se diferencia de un derecho de petición pues no existe una obligación de negociar.

Teoría Estatutaria o del vínculo legal reglamentario

La situación de los empleados públicos se torna muy compleja a partir de la Teoría Estatutaria, desde Hegel en su texto *filosofía del derecho* afirmo sobre los trabajadores subordinados del Estado “*Es servicio público requiere por el contrario, el sacrificio de la satisfacción independiente y discrecional de los fines subjetivos y proporciona, justamente por ello, el derecho de encontrarlos en la prestación adecuada de un deber, pero solo en ella. En este aspecto se encuentra aquí el vínculo de interés general y del particular, que constituye el concepto y la estabilidad interna del Estado*

Igualmente, la relación de empleo no es una relación contractual, aunque exista un doble sentimiento y una prestación de ambas partes.

El empleado no es llamado para una individual prestación contingente de servicio, como mandatario, sino que pone en esa relación el interés principal de su existencia espiritual y particular”

Por su parte Carlos García Oviedo afirma “Pero el particular-contratante desempeña una función y la relación jurídica que esto origina

es puramente unilateral, de tal suerte, que el régimen del oficio público, que el funcionario escala, se determina exclusivamente por la voluntad del Estado, pudiéndose modificar o suprimir por la ley, con abstracción completa de la voluntad del funcionario”³²

Esta posición jurídica no es tan radical hoy en día, pero se sostiene sobre una serie de argumentos, este tipo de vínculo del trabajador con el Estado tiene como características:

- La relación jurídica entre el empleado público y el Estado, es de derecho público, regulado desde el derecho administrativo, donde prevalece el garantizar la prestación de los servicios a la comunidad sobre los derechos de los trabajadores
- Las actividades del Estado están enmarcadas bajo el principio de legalidad, en ese sentido su actuación esta limitada a cumplir exclusivamente las leyes y reglamentos, en ese sentido los empleados públicos tienen una actuación limitada a la ley y no a un contrato laboral bilateral.
- El acto de vinculación es legal y reglamentario, generalmente a través de la carrera administrativa, y no de libre disposición por las partes, sea la autoridad que lo profiere o el trabajador que se vincula.
- En ese sentido derechos humanos como huelga y negociación colectiva deben estar limitados por la naturaleza y finalidades del Estado

En Colombia la constitución de 1991 consagró un Estado fuerte que pueda garantizar la prestación de servicios, bajo el principio de legalidad, el cual estaría acorde a la teoría estatutaria o del vinculo legal y reglamentario, sin embargo las relaciones laborales de los servidores públicos en Colombia no pueden omitir ni vulnerar los derechos constitucionales fundamentales y los convenios ratificados por Colombia, en ese sentido se debe interpretar cual es el alcance y límites de la teoría estatutaria dentro de la Constitución Colombiana, y como operaría el derecho de negociación colectiva, para contrastarlo con la realidad actual.

32. Ambos autores citados por Jairo Villegas Arbeláez en su texto Empleados públicos y derecho de negociación colectiva, 2001

i) La teoría estatutaria o de vínculo legal y reglamentario debe partir de una interpretación armónica de la Constitución. Si bien artículos como el 121, 122 y 125 de la constitución política³³, pueden ser leídos bajo la teoría estatutaria, concordándolos con parte del art. 1 de la carta que establece la prevalecía del interés general, Existen otros artículos como el 1 donde también se afirma que Colombia es “*fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad*”; el art. 13 donde consagra el derecho a la igualdad real y efectiva de todas las personas, incluyendo a los empleados públicos; el art. 25 del derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; el art. 53 que consagra los principios mínimos fundamentales de los trabajadores, y que no excluye a los vinculados por ley o reglamento; el art. 55 que garantiza el derecho de negociación, y según las actas de la asamblea constituyente que este debe ser tanto para empleados privados como para empleados públicos.

En realidad no existe una contradicción en la constitución, toda vez que para que la teoría estatutaria pueda ser constitucional requiere ser respetuosa de los derechos fundamentales y humanos, y en ese sentido puede ser constitucional siempre que se garanticen los derechos mínimos fundamentales del trabajo, aceptando ciertas limitaciones pero nunca prohibiendo o haciendo inoperantes los derechos de los trabajadores.

ii) La calidad de empleado público no es una razón suficiente para inaplicar o prohibir completamente el derecho humano de negociación colectiva, sin embargo puede llegar a ser limitado, siempre que

iii) La intención de la asamblea constituyente al momento de crear la constitución, era garantizar el derecho de negociación colectiva para

33. art. 121 C. P. “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”, el art. 122 C. P. “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” De igual forma el art. 125 C. P. establece que los empleos en órganos o entidades del Estado son de carrera y por excepción de elección popular, libre nombramiento y remoción o trabajadores oficiales.

todos los trabajadores, expresamente se afirmó en la gaceta constitucional 45 refiriéndose al derecho de negociación colectiva *“Es un derecho y una práctica que consideramos debe hacerse extensiva a todos los trabajadores, incluyendo a los empleados públicos, por cuanto es muy negativo que a estos trabajadores se les siga dando un tratamiento de ciudadanos de segunda categoría con relación a algunos derechos laborales”*

iv) Al reconocer que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, se debe partir de la base que no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado, únicamente, por las disposiciones de la constitución, pero no por el interés general³⁴, en ese sentido debe aceptarse como límites de la negociación colectiva algunas disposiciones constitucionales que excluyen temas de negociación, y otras limitaciones de forma, como las que se refieren a regulaciones de Ley, como entramos a explicar.

El hecho de que existan algunos temas sobre los cuales no se puede negociar, no es una novedad en el derecho a la negociación colectiva, hay casos que se observan del derecho comparado que tienen aceptación dentro de los órganos de control de la OIT. Véase por ejemplo el caso de Argentina, donde es posible negociar sobre todas las condiciones de trabajo excepto sobre el salario, estructura de la organización administrativa, idoneidad para el ingreso a la carrera, o aspectos disciplinarios, de igual forma en España la Ley 7/2007 estatuto básico del empleado público establece en su artículo 37.2 los temas excluidos de la negociación colectiva de empleados públicos:

2. Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes:

a. Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización.

34. El interés general es un concepto tan abstracto y genérico que no tiene un peso argumentativo suficiente para anular el ejercicio de un derecho, deberán establecerse límites en cada caso concreto, límites que sean constitucionales, razonables y proporcionados, que no impliquen la anulación del derecho

Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto.

- b. La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.
- c. La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo.
- d. Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.
- e. La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

Sin embargo dentro de las materias que son objeto de negociación colectiva español de empleados públicos están, entre otros, la aplicación de incrementos salariales, las redistribuciones de personal, las normas que fijen criterios generales respecto al acceso, carrera, provisión, o evaluación de desempeño.

Para el caso Colombiano los temas de la negociación colectiva de empleados públicos, son excluidos por la constitución:

1. El Acto Legislativo 01 de 2005 que adiciona al art. 48 de la C. P. elimina los regímenes pensionales especiales o exceptuados, estableciendo que las condiciones para alcanzar el derecho a la pensión solo serán establecidas por la Ley, esta reforma de la constitución fue realizada sin consultar con las organizaciones sindicales mas representativas en el país.

2. Funciones del empleo público art. 122 y 123 que establece están reguladas por Ley o reglamento, esto no es un tema que se refiera directamente a condiciones de trabajo, por lo que sería extraño y atentaría contra la soberanía el hecho que existieran convenciones colectivas que trataran las funciones públicas

3. El art. 124 que determina la responsabilidad de servidores pú-

blicos por ley, esto es el derecho disciplinario, los grados y causales de responsabilidad no son de libre discusión, sino que son impuestos por la Ley para garantizar un control a las conductas de los servidores públicos, de existir un exceso en la consagración de estas responsabilidades sería en juez constitucional el que entre a determinar si se vulnera o no la Carta.

4. El art. 125 que impone empleos de carrera, es una disposición soberana del constituyente la cual implica una mejora en los servicios que presta el estado y en la especialización de sus servidores. Si bien es un límite legítimo sobre las condiciones de acceso a la carrera y de ascenso dentro del trabajo, este límite no puede ser construido sin la participación de los trabajadores y sus organizaciones más representativas, como consecuencia de ello, las normas creadas desde el congreso que no tuvieron participación de los trabajadores, genero un perjuicio para los trabajadores del Estado que tenían una vinculación provisional desde varios años atrás. El hecho de que el congreso de la republica tenga la competencia para determinar las normas generales sobre el sistema de carrera, no implica dejar sin participación a los trabajadores y sus organizaciones más representativas, debieron y deberán realizar consultas para evitar perjuicios mayores a los trabajadores.

5. El art. 131 que impone la reglamentación por ley del servicio público de notarios definiendo el régimen laboral de sus empleados, hoy el régimen laboral de los trabajadores empleados por el notario es de particulares con posibilidad de negociar colectivamente, excepto sobre el régimen disciplinario, porque se aplica el código único disciplinario, es un tema que estaría exceptuado del derecho de negociación colectiva para estos trabajadores

6. el art. 150 numeral 19 literal e) que establece que solo por ley se fija el régimen salarial y prestacional de empleados públicos, miembros del congreso, y fuerza pública, esta norma implica un deber de medio, se debe establecer por ley y no por convenciones colectivas. Esto no debe anular por completo el derecho de negociación y dialogo social, en Argentina por ejemplo existe un órgano de representación, que cuenta

con altos funcionarios competentes por parte de la administración sobre la toma de decisiones presupuestales y laborales, y representantes del congreso argentino, los cuales hacen una negociación con las organizaciones sindicales mas representativas en dicho país, el acuerdo concertado al que llegan es presentado al congreso para que se convierta en ley, y de esa forma se garantice el derecho de negociación sin vulnerar la constitución argentina. Además ese acuerdo tiene una gran fuerza jurídica, pues de no presentarse el acuerdo para convertirse en ley en los dos meses siguientes, automáticamente se convierte en ley, generando que la negociación sea directa entre las partes.

7. el art. 150 numeral 19 literal f) de la misma forma el régimen de prestaciones mínimas de trabajadores oficiales, en ese sentido los trabajadores oficiales que si pueden celebrar convenciones colectivas con el Estado, tendrán como piso o base, las disposiciones legales expedidas por el congreso.

8. el art. 189 numeral 14 que da competencia al presidente crear, suprimir o fusionar empleos conforme a la ley, y fijar dotaciones y emolumentos de trabajadores de la administración central. Los ajustes que haga el presidente en ejercicio de sus funciones no deberían estar exentos del dialogo con las organizaciones sindicales mas representativas, aceptar y negociar solicitudes de los trabajadores para evitar perjuicios irremediables debe ser una prioridad, pues en todo caso vulneraría la carta cuando no se formulara ese dialogo. Hoy la decisión final que toman unilateralmente los presidentes dentro de las constantes y reiterativas reestructuraciones del Estado, han generado grandes traumas para los trabajadores por la gran cantidad de despidos, a grado tal que incluso debilitan la prestación del servicio, e incluso desaparecen los sindicatos. Esta situación de dialogo y negociación protegida por la constitución, se ve hoy en día con el derecho de consulta a los pueblos indígenas, para los cuales existe una obligación constitucional de participación y dialogo, frente a las decisiones que puedan afectarlos, so pena de violar la carta con el actuar Estatal, ser declarado inconstitucional, e incluso retrotraer la actuación a su estado anterior. Este

derecho es omitido para el caso de los trabajadores organizados.

La misma situación respecto a los salarios y la creación o supresión de empleos se observa en los diferentes niveles territoriales:

9. Art. 300 numeral 7 las asambleas departamentales son competentes para determinar funciones y las escalas de remuneración correspondientes a sus diferentes categorías de empleos a través de ordenanzas,

10. Art. 305 los gobernadores tienen competencia para crear, suprimir o fusionar empleos de sus dependencias,

11. Art. 313 los consejos municipales son competentes para determinar funciones y escalas de remuneración correspondientes a sus diferentes categorías de empleos.

v) La falta de desarrollo legislativo actual, produce una vulneración al derecho de negociación colectiva de empleados públicos, esto no puede depender sólo de la voluntad política, sino por el contrario es una obligación constitucional, incluso ante la OIT, la cual es Estado debe subsanarla, el hecho que servicios públicos esenciales como el acceso a la justicia, o el recaudo de impuestos, salgan a huelgas sin garantizar un servicio mínimo, es una responsabilidad del Estado debido a la omisión de legislar sobre prestación de servicios mínimos.

vi) El hecho de que las relaciones laborales de los trabajadores del Estado se regulen por medio del derecho administrativo, donde se da prioridad al Estado, no implica por ese sólo hecho que el Estado pueda vulnerar la dignidad humana de los trabajadores, o los derechos fundamentales en el trabajo de estos. Es además un objetivo del Estado poder garantizar los derechos de sus trabajadores en la mayor medida posible mientras que presta los servicios públicos, y no garantizar los servicios públicos vulnerando los derechos de sus trabajadores.

vii) En ese mismo sentido la vinculación legal y el principio de legalidad no agota todos los aspectos de las condiciones y relaciones de trabajo, existe una muy amplia diversidad de circunstancias que se modifican por particularidades geográficas, temporales, personales, incluso de la misma población, que no están reguladas por la Ley, y son

las necesidades propias y las diversas condiciones de trabajo que determinan uno u otro sentido de cada negociación colectiva, además la Ley tiene por objetivo establecer unas regulaciones genéricas sin llegar a vulnerar las autonomías territoriales, o la autonomía de las autoridades locales democráticamente constituidas. No se encuentran en una misma situación, ni presupuesto, los alcaldes de grandes ciudades a comparación de los pequeños municipios, ni los trabajadores y sindicatos de cada una de ellas, razón por la cual la Ley debe pretender establecer unas condiciones genéricas que busquen garantizar un servicio sin llegar a limitar en extremo las condiciones de trabajo y el derecho de negociación colectiva.

Para concluir se debe afirmar que existe el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, goza de un marco constitucional relativamente amplio, pues tiene límites respecto a salarios, responsabilidades, pensiones y de acceso por carrera, pero que la falta de desarrollado legal, ha impedido por completo su ejercicio.

2.2 Ley 278/96 modificado por la Ley 990/05, una ley de dialogo social

Esta norma regula la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales -CPCPSL-, siendo este un organismo creado por la constitución política art. 56, y cuya conformación tiene carácter de tripartito.

Tiene entre sus funciones: (a) fomentar las buenas relaciones laborales, (b) contribuir a la solución de los conflictos colectivos de trabajo contemplados en el CST, (c) y (d) fijar de manera concertada la política salarial y el salario mínimo de carácter general, (e) fijar de manera concertada la política laboral mediante planes estratégicos en diversos asuntos, (h) preparar los proyectos de ley en materias sujetas a su competencia, para que el gobierno los presente al congreso de la república, (i) absolver consultas del gobierno respecto a actuaciones ante la OIT.

La ley también crea subcomisiones departamentales de concerta-

ción de políticas salariales y laborales, con funciones como la CPCPSL pero a nivel local

A nivel nacional, la representación del gobierno es de muy alto nivel, con funcionarios competentes para tomar decisiones frente a la política laboral y económica de la administración, entre otros el ministro de protección social, el de hacienda y crédito público, el de desarrollo económico, el director del departamento nacional de planeación, o sus respectivos delegados³⁵.

De igual forma la Ley establece quienes son los integrantes de este órgano tripartito constitucional:

Por parte del gobierno: El Ministro de Protección Social, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Desarrollo Económico, el Ministro de Agricultura, el Director del Departamento Nacional de Planeación, o los delegados respectivos de cada uno.

Por parte de los empleadores: cinco representantes y sus respectivos suplentes, designados por asociaciones gremiales más representativas de empleadores en distintos sectores económicos del país, elección de forma ponderada y con la participación de cada sector en el producto interno bruto y en la generación de empleo. La representación se determinará con base a datos y cifras elaborados por el DANE

Por parte de los trabajadores: Tres representantes con sus suplentes, designados o removidos por las confederaciones sindicales más representativas del país; esa representación se determina con base al número de afiliados que cada una de estas posea al momento de la elección, según el censo que elabore el Ministerio de la Protección Social.

Hace también parte de la representación de los trabajadores, un representante y su respectivo suplente, de los pensionados, que se rotarán

35. Las normas del CST sobre negociación colectiva, establecen que quienes son negociadores en representación de las partes, se presume que tienen competencia sobre los acuerdos alcanzados en el proceso de negociación, y no podrán ser modificados en etapas posteriores Art. 435 CST, elemento que no consagra la Ley 278/96 y que resulta necesario para alcanzar mayor confianza y satisfacer el principio de buena fe en la negociación.

cada cuatro años entre las dos confederaciones de pensionados más representativas. Y por último un representante de los desempleados, que se rotarán cada cuatro años entre las dos asociaciones de desempleados más representativas; determinadas en el número de afiliados que cada una de estas posea al momento de la elección, según el censo elaborado por el Ministerio de la Protección Social.

La ley 278/96 en su estructura original, establecía cinco representantes designados o removidos por las confederaciones sindicales más representativas, situación que modificó la Ley 990/05 cambiando a dos de los representantes de las confederaciones sindicales, por un representante de los pensionados y uno de los desempleados. Esta segunda Ley fue objetada por el presidente de la república, a través del Ministro Diego Palacio Betancourt ante la Corte Constitucional, quien afirmó que no podían hacer parte de este órgano los desempleados, pues la norma constitucional se refiere expresamente a trabajadores.

En sentencia C-531/05 declaro que la norma era exequible, basados en el principio del Estado Social de Derecho, esto es que el Estado se forje en una realidad institucional acorde a los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos, con autoridades *“tendientes a asegurar la efectividad de los derechos y deberes de todos, particularmente la previsión del mínimo vital, la promoción de la participación de los individuos en la vida política, económica y cultural, la protección especial a personas y grupos excluidos y la intervención en la economía con miras a corregir con medidas redistributivas las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad”*

La CCC determina en esa ocasión que la expresión “trabajadores” del art. 56 constitucional, no se limita a las personas que actualmente trabajan, ni excluye a los desempleados, además que los desempleados son titulares del art. 25 C. P. es decir del derecho al trabajo digno.

La CPCPSL tiene competencia en dos momentos muy importantes para el país, participa en la fijación del salario mínimo legal mensual vigente -SMLMV- art. 8, y podrá participar en la solución de conflictos

laborales con posterioridad a la etapa de arreglo directo art. 9

Respecto a la fijación del SMLMV, en principio la decisión se debe tomar en consenso, pero de no alcanzarlo esa fijación del salario será impuesta por el gobierno, “*teniendo en cuenta como parámetros la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC).*”

Con respecto a la solución de conflictos laborales, la Ley 278/96 establece que la CPCPSL o una subcomisión participaran a solicitud de cualquiera de los sectores representados en la comisión, pero su actuación será como amigables componedores cuyo objeto es proponer fórmulas de arreglo. Por su parte la Ley 1210/08, determinó que podría participar la CPCPSL de oficio o a petición de parte durante 5 días hábiles después que las partes que participan en un conflicto colectivo no pudieren convenir un arreglo o establecer un mecanismo alternativo de composición para la solución de su conflicto. Esta última ley determinó además que la participación de una subcomisión fuera con tres representantes de manera tripartita.

Es posible concluir que la CPCPSL es un espacio constitucional de dialogo social, y de negociación, que podría ser una herramienta muy útil (debido a su conformación con funcionarios del gobierno de con altas competencias para la negociación) para la negociación colectiva de diversos temas que no tienen un órgano competente para ser tratados.

2.3 Reglamento interno de trabajo, Ley 1010/06

Un espacio de dialogo social ha sido de creación jurisprudencial, los art. 106, 118 del CST, establecía el derecho del empleador de elaborar el reglamento interno de trabajo sin intervención ajena, salvo que exista convención colectiva o laudo arbitral que regulen esos temas.

En sentencia C-934/04, basados en el marco jurídico democrático y participativo establecido en la constitución, se declaró que la norma era exequible en el entendido que *“aquellas disposiciones del reglamento de trabajo que afecten directamente a los trabajadores, como son las escalas de sanciones y faltas y el procedimiento para formular quejas, debe el empleador escuchar a los trabajadores y abrir el escenario propio para hacer efectiva su participación.”*, de igual forma que el Ministerio de la Protección Social o la autoridad encargada, soliciten una motivación de los trabajadores en relación a la aprobación o no del reglamento interno de trabajo, sobre las materias que puedan afectar sus derechos.

Con posterioridad a esta sentencia se expidió la Ley 1010/06 la cual en su artículo 9 par. 1 estableció *“El empleador deberá abrir un escenario para escuchar las opiniones de los trabajadores en la adaptación de que trata este parágrafo, sin que tales opiniones sean obligatorias y sin que eliminen el poder de subordinación laboral”*

No es un gran espacio de dialogo, mucho menos causo una gran incidencia en las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores, son normas que pueden tener una mejor aplicación, por ejemplo teniendo como medio para la creación de esta norma la concertación entre las partes, por lo menos el deber de responder las observaciones que hagan los trabajadores, justificando su adopción o no, y no simplemente dejar la adopción del reglamento interno como una decisión unilateral del empleador

3. DEFINICIÓN DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE OIT

Para la Organización Internacional del Trabajo la negociación colectiva, además que un medio de justicia social, es un derecho fundamental que tienen todos los trabajadores, así para alcanzar un régimen de trabajo realmente humano, es necesario e imperioso garantizar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las personas.

La negociación colectiva no es una negociación salarial, los convenios no se limitan a esa protección, y en algunos casos no se necesita un modelo de negociación colectiva para eso, para ello existe la huelga, los medios de presión son para discutir salarios o regímenes pensionales.

La negociación colectiva se da en el aspecto individual en temas como: la formación profesional, los mecanismos de control, las jornadas de trabajo, y los aspectos de salud; y en el ámbito colectivo: las relaciones entre organizaciones de empleadores y organizaciones más representativas de los trabajadores, mecanismos de solución de conflictos, créditos de horas, y mecanismos para medir la representatividad

El concepto de negociación colectiva también ha evolucionado dentro de los convenios e instrumentos de OIT, siempre avanzando hacia un derecho de negociación colectiva entendido de manera amplia.

En el convenio 98 Art. 4 los Estados ratificantes se obligan a ade-

cuar las condiciones normativas en sus países, para estimular y fomentar entre los empleadores, trabajadores y sus respectivas organizaciones, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. Estableciendo el principio de negociación voluntaria, y un único medio de concreción de acuerdos, los contratos o convenciones colectivas.

Posteriormente en los trabajos preparatorios del convenio 151 se aceptó la interpretación de la palabra negociación, como “cualquier forma de discusión, tanto formal como informal, destinada a lograr un acuerdo”. Este convenio fue constituido frente a las relaciones de trabajo en la administración pública, trabajadores que en la mayoría de países no tienen un derecho a concluir acuerdos a través de convenciones colectivas. En ese sentido el convenio acepta la ampliación del Derecho de negociación colectiva para de esta forma abarcar los empleados públicos en los países donde estos trabajadores no puedan firmar convenciones colectivas; sin embargo esta situación no implica la imposibilidad de negociar colectivamente con los servidores públicos, la obligación de los Estados ratificantes es de tomar medidas adecuadas para que estos trabajadores tengan el derecho a negociar colectivamente sus condiciones de trabajo, por convenciones colectivas o medios vinculantes diferentes

El artículo 2 del convenio 154 establece “*Negociación Colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*

- a) *fixar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- b) *regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
- c) *Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”*

En este convenio no se tiene en cuenta la firma de convenciones

colectivas como elemento necesario para desarrollar dicho derecho, en ese sentido todas las negociaciones que se hagan por diversos medios, respecto a las condiciones de trabajo, las relaciones entre trabajadores y empleadores y sus respectivas organizaciones, hacen parte de la negociación colectiva, siempre que con ello las cuales las partes se obliguen a respetar dichos acuerdos

El ejercicio de la negociación colectiva debe poder ejercerse dentro y fuera del medio de trabajo, “los intereses corporativos y el beneficio económico y la eficacia no pueden ser los únicos criterios de la negociación colectiva por cuanto que por encima de ellos tienen primacía los derechos fundamentales de la persona, la humanización del trabajo y el respeto de la dignidad humana en una dinámica que tenga en cuenta las consideraciones de interés general o, siguiendo la terminología de la Constitución de la OIT, el bienestar común”³⁶

Como se puede observar el derecho de negociación colectiva en OIT ha venido ampliando su ámbito de aplicación, para permitir que los trabajadores puedan participar directamente en las decisiones y disposiciones que se refieran a condiciones de trabajo y empleo, y a las relaciones entre organizaciones de trabajadores y empleadores.

Los legisladores colombianos no han tenido la voluntad política de ampliar el derecho de negociación colectiva, no se ha progresado en la materia dejando grandes vacíos como lo es la falta de negociación colectiva por diferentes niveles, o grandes violaciones como lo es la negación del derecho de negociación colectiva para empleados públicos.

Respecto a los sujetos de negociación colectiva de empleados públicos los convenios también han tenido sus diferencias, el Convenio 98 en su artículo 6 excluye de su aplicación a los funcionarios públicos de la administración del Estado, es decir a los trabajadores de órganos exclusivos o de monopolio del Estado, por ejemplo los bancos nacionales, entes administrativos autónomos, funcionarios públicos; sin embargo

36. Negociación colectiva, normas de la OIT y principios de los órganos de control, Gernigon, Otero y Guido, Ed. OIT 2000

expresa el mismo artículo que dicha exclusión no puede interpretarse en perjuicio de sus derechos.

Los sujetos de negociación colectiva del sector públicos, se amplían en el convenio 151 el cual predica en su artículo 1, que los derechos de negociación colectiva se aplicaran a todas las personas empleadas por la administración pública, y cada legislación podrá determinar si se exceptiona a trabajadores de fuerzas armadas y de policía, y los funcionarios públicos de alto nivel, es decir funcionarios con poder decisorio.

En el convenio 154 art. 1 se prevé aplicar los derechos de negociación colectiva a todos los trabajadores, incluyendo los de alto nivel, con la excepción de trabajadores de las fuerzas armadas y de policía. Los tres convenios son ratificados en Colombia y por ende se debe interpretar de la manera más favorable para los trabajadores

Respecto a los derechos de negociación colectiva para empleados públicos, podría pensarse que con el artículo 1 del convenio 154 se da una libertad de configuración legislativa para fijar modalidades particulares de aplicación del derecho de negociación en trabajadores de la administración pública. En ese sentido que la presentación de memoriales respetuosos art. 414 CST, sirve de base para satisfacer el derecho de negociación. Pero esto es totalmente incorrecto, pues el convenio 151 se trato el tema, y se considero sobre el derecho de negociación colectiva y las consultas, en su artículo 7 expresa:

“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”

El debate sobre negociación colectivas y consultas fue álgido, pero se logro determinar en los trabajos preparatorios del convenio 151 que la consulta implica (i) el derecho a los representantes de expresar sus puntos de vista, (ii) de ser escuchados, (iii) el esfuerzo de la adminis-

tración de tener en cuenta la posición de los sindicatos en las decisiones unilaterales; teniendo en cuenta que realizar consultas es diferente a llegar a un acuerdo o realizar una negociación, la simple realización de consultas prohibiendo llegar a acuerdos o firmar convenciones colectivas genera una violación al derecho de negociación colectiva consagrado en los convenios de OIT.

Informe 337 caso 2356 “704. *A este respecto, el Comité observa que Colombia ha ratificado los Convenios núms. 98, 151 y 154 y que en consecuencia los trabajadores del sector público y de la administración pública central deben gozar del derecho de negociación colectiva. El Comité señala no obstante que en virtud del Convenio núm. 154 la negociación colectiva en la administración pública admite que se fijen modalidades particulares de aplicación. En efecto, el Comité, compartiendo el punto de vista de la Comisión de Expertos en su Estudio general de 1994, recuerda que aun cuando el principio de la autonomía de las partes en la negociación colectiva conserva su validez por lo que se refiere a los funcionarios y empleadores públicos amparados por el Convenio núm. 151, éste ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública en especial con respecto a los límites presupuestarios a los que debe hacer frente. Al mismo tiempo, las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios dentro del marco presupuestario establecido [véase Recopilación, op. cit., párrafo 899]. En este sentido, el Comité estima que en el presente caso, la limitación a la que se ven sujetos los empleados públicos en la posibilidad de negociar colectivamente no está en conformidad con lo dispuesto en los convenios mencionados ya que éstos pueden solamente presentar «memoriales respetuosos» que no serán objeto de negociación alguna, en particular sobre las condiciones de empleo, cuya determinación es de exclusiva competencia de las autoridades. En estas condiciones, el Comité, pide al Gobierno que tome las medidas necesarias para que, en consulta con las organizaciones*

sindicales concernidas se modifique la legislación a fin de ponerla en conformidad con los convenios ratificados por Colombia para que los trabajadores en cuestión gocen del derecho de negociación colectiva” (Negrilla fuera de texto)

Informe 338 caso 2363 “Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”

4. OBSTÁCULOS DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las dificultades para desarrollar el derecho de la negociación colectiva se pueden dividir en tres grandes grupos, negociación colectiva en general, negociación colectiva por rama o actividad económica, y negociación colectiva con el Estado

Las leyes sobre negociación colectiva no ha variado en los últimos 6 años, tampoco se han cumplido las recomendaciones de los órganos de control de normas de la OIT, ni se ha cumplido con la sentencia C-1234/05 de la CCC. Así, aun se mantienen las restricciones legales del CST, que impiden que la negociación colectiva pueda beneficiar a mayor número de trabajadores y trabajadoras.

El derecho a fomentar y defender los intereses de los trabajadores por medio de negociaciones colectivas que busquen mejorar las condiciones de empleo, es en la práctica actual, ilegal para algunos o casi imposible de ejercer para otros.

4.1 El caso de la negociación en el sector público, prohibición de negociar y concesiones gentiles: En este sector existe cierto grado de negociación pero informal, y un altísimo grado de violación al principio de negociación de buena fe por la no contestación por parte de los

diversos jefes de la administración.

El alcance de negociación colectiva de empleados públicos, resulta violatorio del Art. 5 lit. D) del Convenio 154, pues la inexistencia de regulación impide un ejercicio adecuado de este derecho, en varios sentidos:

En primer lugar la negociación colectiva cuando se presenta es sólo de carácter informal, en razón a la prohibición que pesa sobre los sindicatos de empleados públicos de ejercer el derecho de huelgas (Art. 416 CST), la negociación informal no es el derecho que se consagra y garantiza en los Convenios 98, 151, 154;

En segundo lugar, no existe ningún medio de defensa para alcanzar el cumplimiento, porque la huelga está prohibida en este tipo de sindicatos Art. 416 CST.

En tercer lugar, la negociación sólo se presenta como concesiones gentiles, las cuales no están reglamentadas y mucho menos obligan, por omisión del gobierno a cumplir el fallo C-1234/05 y los convenios de OIT, ha generado que en la práctica las negociaciones sean informales, si las hay, y no se lleguen a acuerdos sino a concesiones gentiles. Los memoriales de solicitudes respetuosas no vinculan, no son una negociación propiamente dicha entre dos partes, pues dependerán siempre de la decisión unilateral de la autoridad.

En cuarto lugar, no existe un órgano estatal para la negociación, que pueda asumir responsabilidades directas sobre lo negociado. Los funcionarios del gobierno colombiano no tienen competencia para sentarse a negociar con los sindicatos ni acuerdos, ni convenios colectivos, lo cual resulta claramente violatorio del artículo 7 del Convenio 151, cuestión que ha sido reconocida por la propia Corte Constitucional Sentencia C-1234 de 2005: “...estos memoriales respetuosos no llevan consigo ninguna obligación correlativa en cabeza del destinatario de los mismos (...), ni siquiera se establece que la administración deba recibirlos o darles trámite o respuesta (...), ni prevé que el empleador-Estado deba iniciar una verdadera negociación colectiva o concertación alguna”.

En quinto lugar, el Gobierno colombiano ha sido reiterativo en ignorar las recomendaciones sobre negociación colectiva de empleados públicos del CLS y del CEACR en sus convenios 87, 98, 151, 154, incluso las solicitudes directas respecto a la modificación del CST en sus artículos 426, 376, 417, 429, 450, 444 párr. 2, 414 y al ignorar tomar medidas necesarias para que los sindicatos de empleados públicos puedan negociar colectivamente.

En sexto lugar, el Estado-empleador simplemente se niega a negociar con empleados públicos, en virtud de las prohibiciones del CST, como lo ha constatado el comité de libertad sindical en dos ocasiones del informe 350, caso 2522, el informe 349, caso 2434, el informe 346 en dos casos del 2469, informe 338 caso 2363, informe 334 caso 2097, informe 329, casos 2097 y 2068.

4.2 El caso de la inexistencia de negociación por rama o actividad económica, genera la imposibilidad de negociar por diversos niveles: Esta problemática se aplica tanto para el sector público como para el privado, pero las consecuencias de esta omisión es el debilitamiento de los sindicatos de industria o de otros tipos de sindicatos de mayor capacidad o alcance, y que los trabajadores prefieran organizarse por sindicatos de base lo cual es una forma de organización eficaz en tiempos industriales, pero no en los tiempos actuales de economía globalizada y flexible

En séptimo lugar: No existe una negociación por niveles sino exclusivamente de base o empresa. Esto se debe a diversas razones: (i) El CST no da competencia a las federaciones y confederaciones para presentar pliegos de peticiones o participar en el conflicto colectivo de manera directa, pues el Art. 426 CST establece que las federaciones y confederaciones solo pueden participar como asesores ante los respectivos patronos. (ii) Cuando existan sindicatos de base y de industria en una misma empresa, tendría la representación de los trabajadores en la negociación colectiva en conjunto, acorde a la sentencia C-063/08, Ahora bien al no existir una regulación que permita dar un marco jurídico a la negociación por distintos niveles, se genera para los sindicatos

de industria o de rama, en la negociación, que tengan que actuar como sindicatos de empresa. En todo caso la Ley les impide presentar pliegos y negociar colectivamente para toda una rama de actividad económica, pues un sindicato de industria (individuos que trabajan para empresas de la misma industria), sólo podría firmar convenciones colectivas con cada una de las empresas, sin que éstas tengan que negociar conjuntamente, es decir no es una verdadera negociación de industria sino de empresa.

En octavo lugar, en relación con los sindicatos de gremio (aquel que agrupa personas de una misma profesión u oficio), sólo tienen el derecho a la negociación cuando el 75% de esos trabajadores que laboren en la misma empresa, estén afiliados al mismo sindicato, pero sin poder presentar pliegos de peticiones, sino solo para anexarle un capítulo especial a la convención colectiva vigente (Ley 48 de 1968). Esto limita la negociación por el altísimo porcentaje de trabajadores exigido, y por que requiere que exista convención colectiva vigente en dicha empresa para ser aplicable, es decir no es una verdadera negociación por gremio sino una negociación de base.

En noveno lugar, no se hace cumplir las convenciones colectivas firmadas, estando prohibida la huelga en caso de incumplimiento de lo acordado, violando el principio de negociación de buena fe. La práctica de muchos empleadores es incumplir las convenciones pactadas, siendo ilegal celebrar una huelga en ese caso, CST art. 450 lit. C), por no haberse cumplido la etapa de arreglo directo, es decir la presentación de un pliego de peticiones.

4.3 El caso de la negociación colectiva en general, la obligación de tomar las medidas necesarias para fomentar la negociación colectiva: El estudio del CST, da como resultado un modelo de negociación colectiva, modelo rígido que limita el derecho de negociación libre y voluntaria, consagrado por OIT. El código colombiano concibe la negociación colectiva en un sentido restringido, pero contiene normas que contrarían el fomento a la negociación colectiva, en ese sentido la existencia de normas que logran desestimular su ejercicio y otras que

limitan su ejercicio.

En décimo lugar, se permite la celebración de pactos colectivos y planes de beneficios extralegales, en perjuicio del derecho de negociación colectiva de los sindicatos. Es una práctica habitual, que aún existiendo sindicatos, las empresas promuevan la firma de pactos colectivos como estrategia antisindical para debilitar la organización existente³⁷.

En décimo primer lugar, Se impide la sindicalización y por tanto la firma de convenciones colectivas de trabajadores con contratos diferentes al laboral, art. 5 CST, excluyendo a quienes tienen contratos de prestación de servicios, asociados a cooperativas de trabajo, los de contrato de aprendizaje, desempleados, trabajadores con una relación reglamentaria con el Estado o trabajadores del sector informal que constituyen más del 60% de la población ocupada.

En décimo segundo lugar, el Ministerio de la Protección Social ejerce un pobre control frente a las violaciones denunciadas, debido a su falta de capacidad logística, de personal, e incluso por conductas antisindicales de algunos de los inspectores, no investiga ni sanciona las prácticas antisindicales de los empleadores, ni tampoco promueve la defensa del derecho de asociación.

En décimo tercer lugar, la imposición de un tribunal de arbitramento obligatorio para decidir los puntos en los que no se llegue a un acuerdo durante la negociación, es una intervención de la autoridad que en principio vulnera y hace más difícil la negociación colectiva, en ese sentido el CLS afirma:

“993. Las disposiciones que establecen que a falta de acuerdo entre las partes los puntos en litigio de la negociación colectiva serán decididos por arbitraje de la autoridad no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del

37. Una investigación reciente de Legis y HC-Human Capital reconocía explícitamente esta política, justificándola en el hecho de que tales planes constituían “mecanismos alternativos, que de alguna forma desincentivarán la afiliación de los empleados a los sindicatos” (Tendencias en Remuneración. Prácticas en beneficios extralegales. Legis y HC-Human Capital. 2007

Convenio núm. 98”

(Véanse *Recopilación* de 2006, párrafo 993, 338° informe, caso núm. 2329, párrafo 1276.)

“**994.** El recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva sólo es admisible en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población).”

(Véanse *Recopilación* de 2006, párrafo 994, 320° informe, caso núm. 2025, párrafo 408; 327° informe, caso núm. 2145, párrafo 305; 332° informe, caso núm. 2261, párrafo 665 y 335° informe, caso núm. 2305, párrafo 506.)

Cabe entonces la pregunta ¿Cómo satisfacer el derecho de negociación colectiva de la Constitución, tanto en empleados públicos, en negociación por diversos niveles, como superando los límites que establece el CST en la negociación de empresa?

5. PROPUESTA DE REGULACIÓN NORMATIVA

Las problemáticas sobre la negociación colectiva son medianamente claras, en un primer momento se encuentran las normas del código sustantivo del trabajo que son violatorias de los estándares internacionales ratificados por Colombia. En un segundo momento se encuentra la obligación de fomentar la negociación colectiva. Sobre estas se deben tomar medidas para evitar la discriminación antisindical y aumentar el número de negociaciones y beneficiados de las convenciones colectivas

En un tercer y cuarto momento se encuentra la omisión de regulación de los Convenios 151 y 154 sobre negociación colectiva en el sector público, y la omisión de regulación de la negociación colectiva por rama o actividad económica.

Para solucionar dichas omisiones se deben tomar una serie de medidas que permitan garantizar la existencia de negociaciones libres, de buena fe y vinculantes para las partes y en distintos niveles. En ese sentido se deben tomar medidas sobre:

(i) los sujetos negociadores, y su capacidad de representación, es decir responder a la pregunta ¿Quiénes pueden negociar?

(ii) el ámbito y alcance de la negociación, es decir ¿En que niveles pueden negociar?

(iii) los temas de negociación en caso de empleados públicos, ¿Qué condiciones de trabajo se pueden negociar sin violar la constitución colombiana?

(iv) la favorabilidad entre convenciones de distinto nivel ¿De existir diversas convenciones de distintos niveles, Qué convención colectiva es aplicable a cada trabajador?

5.1 Frente a la negociación colectiva en general

En Colombia existen 18.611.000 de trabajadores³⁸, con 4.5% de tasa de sindicalización en 2007³⁹, sin embargo la cifra se vuelve mas aguda cuando se observa la cantidad de trabajadores beneficiados por convenciones colectivas, tan sólo un 0.93% de los trabajadores en Colombia se benefician de una convención colectiva, esto se debe la falta de fomento de la negociación, en ese sentido se deben tomar medidas que den prevalencia a la representación de trabajadores que se organicen en sindicatos, eliminando la coexistencia de pactos y convenciones colectivas, cuando en la empresa existan sindicatos de trabajadores, en ese sentido:

Medida contra la discriminación antisindical

- Subrogar la Ley 50/90 art. 70 que subrogó el art. 481 del CST: “Cuando en una empresa existan organizaciones sindicales no podrá celebrarse pactos colectivos con los trabajadores no sindicalizados”

Respecto al ámbito de aplicación de las convenciones colectivas, las dificultades de alcanzar una representatividad en grandes empresas, de una muestra de las 10 empresas más grandes de Colombia⁴⁰,

38. Encuesta Continua de Hogares. Población ocupada 2007

39. Informe Nacional de Trabajo Decente, ENS, 2007 “Crecimiento y déficit: la ficción del trabajo decente en Colombia”

40. Muestra tomada de los datos publicados por la revista América Economía del 21 de julio de 2008, “las 500 mayores empresas de América latina, se tomaron datos de las empresas Ecopetrol, Grupo empresarial Éxito, Olimpica, Grupo Bavaria, Telefonica, Grupo Argos, Grupo nacional de chocolates, Avianca, grupo Saludcoop, Carulla vivero

estas tienen 136.480 trabajadores, en promedio 13.648, es decir para estas empresas el o los sindicatos que pretendan realizar una convención colectiva tendrán que alcanzar 4550 afiliados en promedio, esto a pesar que los 10 sindicatos de esas empresas, las más grandes de Colombia, en el sector privado, tienen afiliados en promedio 1059 asociados, sin embargo en 3 de estas empresas no existe sindicato, así en las 7 empresas restantes el promedio es de 1513 trabajadores. Mostrando que en las empresas más grandes y estables de Colombia la convención colectiva no beneficia a todos los trabajadores, en ese sentido se hace necesario cambiar la regulación:

Medida para aumentar el número de beneficiados de las convenciones

- Adicionar al art. 470 CST un párrafo que establezca: En todo caso, si las empresas el total de los trabajadores excede de mil quinientos (1500), la convención colectiva firmada se aplicará a todos los trabajadores de la empresa cuando el sindicato agrupe más de quinientos (500) asociados

Ahora bien, frente a la negociación colectiva que se decida por el tribunal de arbitramento, no se debe vulnerar el principio de negociación voluntaria entre las partes, reconocido por los órganos de control de OIT, en ese sentido los árbitros solo pueden ser competentes para conocer de los puntos debatidos en la etapa de conversaciones, y no frente a toda la convención colectiva, o frente a la denuncia de las partes que no hayan sido debatidas, así:

Medida para la negociación libre, voluntaria y de buena fe

- Modifíquese el art. 458: los árbitros deben decidir sobre los puntos debatidos respecto de los cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en la etapa de conversaciones del arreglo directo y de conciliación, y su fallo no puede afectar derechos o facultades de las partes reconocidos por la Constitución Nacional, por las leyes o por las normas convencionales
- Adiciónese al art. 141 del Código procesal del trabajo y de la seguridad social el siguiente Parágrafo: el tribunal seccional del trabajo

no será competente frente a los acuerdos que hayan alcanzado las partes durante la etapa de arreglo directo

- Adiciónese al art. 452 del CST el siguiente párrafo: Los Tribunales de arbitramento obligatorio o voluntario, en los casos de conflictos colectivos, dictaran el laudo basados en los principios constitucionales laborales del art. 53 C. P. y los convenios de OIT ratificados por Colombia

No es justificable ante OIT excluir de la negociación colectiva las condiciones de trabajo de trabajadores vinculados a través del contrato aprendizaje, ni siquiera en razón del fomento al trabajo, razón por la cual se debe

Medida contra la discriminación antisindical

- Derogar el art. 30 literal d) De la Ley 789/02 el segmento “En ningún caso el apoyo de sostenimiento mensual podrá ser regulado a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”
- Derogar el Parágrafo del artículo 31 Ley 789/02 “En ningún caso los apoyos de sostenimiento mensual de que trata la presente ley podrán ser regulados a través de convenios o contratos colectivos o fallos arbitrales recaídos en una negociación colectiva”

5.2 Frente a la negociación colectiva por rama o actividad económica

Esta es una omisión legislativa, pues no existen normas que regulen dicha situación, lo que en principio no es discriminatorio o contraria a los convenios de la OIT, sin embargo dicha situación resulta violatoria de los convenios en la medida que la legislación impida la negociación a diversos niveles, como se observa en el caso colombiano, en ese sentido es necesario modificar y crear algunas normas para cumplir con los estándares a los que se obligó Colombia

En primer lugar debe crearse una Ley que desarrolle la negociación colectiva en diferentes niveles, la cual determine los diversos ámbitos

de negociación, así se propone:

Medida para determinar los ámbitos de negociación (en lo público y privado)

- Las convenciones colectivas tendrán los siguientes ámbitos o niveles, bien sean personales o territoriales, de acuerdo a la capacidad de representación de las partes: a) Por la industria o rama de una misma actividad económica; b) Por gremio, cuando los asociados pertenecen a la misma profesión, oficio o especialidad; c) Por empresa o grupos de empresas

En las negociaciones donde hagan parte personas jurídicas públicas del Estado o entidades públicas, los ámbitos que pueden abarcar las convenciones colectivas serán: a) Por entidades centralizadas o grupo de entidades centralizadas; b) Por entidades descentralizadas de carácter Nacional; c) Departamental; ó d) Por distritos especiales o Municipal, o por grupo de entidades descentralizadas de cada uno de estos niveles territoriales; e) Por entidades descentralizadas por servicios; f) Por entidades especiales de origen constitucional, las cuales comprenden los entes universitarios autónomos y corporaciones autónomas regionales, los cuales podrán tener un ámbito de negociación por entidad o por grupo de entidades. De igual forma habrá negociaciones colectivas en las demás entidades especiales como lo son el Banco de la Republica, la Comisión Nacional de Televisión, la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin que para estas sea aplicable la negociación por grupo de entidades.

Parágrafo: Se entiende por negociación con grupo de empresas, grupos de entidades centralizadas o descentralizadas, las que se realizan con varias personas jurídicas unidas en virtud de la presentación de un pliego de peticiones de un sindicato con capacidad de representación suficiente

Se deben crear las normas necesarias para que existan sujetos de negociación colectiva de niveles superiores a los de empresa, que puedan representar legítimamente a trabajadores y empleadores a niveles superiores a los de empresa, generando que los convenios y acuerdos

que estos firmen sean vinculantes para las diversas actividades económicas o grupos de empresas, en ese sentido:

Medida para determinar los sujetos de la negociación de niveles superiores a los de empresa

- Unidad de Negociación: Las convenciones colectivas de niveles superiores a los de empresa, o los de grupo de empresas, serán celebradas a través de una unidad de negociación, compuesta por cinco (5) representantes de la parte empleadora y cinco (5) por la parte trabajadora.

Los cuales, se presumen con plenos poderes para celebrar y suscribir en nombres de las partes que representan los acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo. Estos acuerdos no podrán ser replanteados o modificados en etapas posteriores del conflicto colectivo

- Una vez presentado los pliegos de peticiones, las unidades de negociación tendrán que ser conformadas en los diez (10) días hábiles siguientes, y en todo caso las conversaciones se iniciarán a los veinte (20) días hábiles siguientes.

Para garantizar la legitimación de los sujetos que realizaran las negociaciones de niveles superiores, se requiere establecer una normatividad sobre órgano o método de elección de representación de los sindicatos de industria y de gremio, en ese sentido hay dos exigencias de los órganos de control de la OIT, en primer lugar que la forma de elección sea un criterio objetivo que no beneficie a determinados sindicatos en particular, y en segundo lugar que no excluyan sindicatos minoritarios del derecho de negociación colectiva así se propone:

Medida para determinar los sujetos de la negociación de niveles superiores a los de empresa

- Representación suficiente de sindicatos: la unidad de negociación para celebrar convenciones colectivas de niveles superiores a los de empresa, solo podrán participar como delegados para la negociación, representantes nombrados por sindicatos mas representativos del ámbito o nivel que pretendan representar

De existir varios sindicatos que se encuentren dentro del ámbito de negociación, se deberá garantizar por parte de los sindicatos más representativos la posibilidad de participación en la asamblea donde se apruebe el pliego de peticiones, y se elijan delegados para la negociación

Los delegados para la negociación se elegirán por votación secreta, y aplicando un sistema de elección proporcional que asegure la representación de sindicatos minoritarios

La negativa de cualquiera de las organizaciones sindicales o sus representantes a integrar las Unidades Negociadoras no impedirá la adopción de decisiones válidas en el seno de la misma, siempre que se encuentren representados más del veinticinco (25) por ciento de los trabajadores involucrados en la negociación.

- Censo Sindical: El primero de mayo de cada año, el Ministerio de Protección Social expedirá sendos actos administrativos, donde se certificará el censo sindical de cada uno de los niveles o ámbitos de negociación, tanto del sector público como del sector privado, de manera discriminada por territorios

Norma sobre órgano de representación de los empleadores para iniciar las negociaciones a nivel de industria y de gremio

- Si la negociación se da por gremio, industria o rama de actividad económica, la unidad de negociación para celebrar convenciones colectivas, solo podrán participar como delegados para la negociación, representantes nombrados por las organizaciones del respectivo gremio, industria o rama de actividad económica

Se deberá garantizar por parte de las organizaciones gremiales o industriales de la respectiva rama o actividad económica la elección democrática de sus representantes, por votación secreta y aplicando un sistema de elección proporcional que asegure la representación de organizaciones minoritarias

La negativa de cualquiera de los representantes elegidos para a integrar las Unidades Negociadoras no impedirá la adopción de decisiones válidas en el seno de la misma.

- - Si la negociación es por grupo de empresas la unidad de negociación será integrada por parte de los empleadores por delegados nombrados por cada una de las empresas, si el número de empresas es superior a cinco (5) se deberá realizar una elección democrática de sus representantes, por votación secreta y aplicando un sistema de elección proporcional que asegure la representación de empresas minoritarias
- El Ministerio de Protección Social como entidad encargada de garantizar la aplicación eficaz de esta Ley, podrá imponer multas sucesivas a favor del SENA, hasta por cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes, a las personas jurídicas que impidan el correcto funcionamiento de las unidades de negociación, de igual forma podrá estar autorizado para realizar estudios, realizar asesoramiento y, en general, requerir toda la documentación e información necesaria que posibilite el más amplio conocimiento de las cuestiones que se trate.
- El incumplimiento por parte de las autoridades del Ministerio de la Protección Social de las obligaciones establecidas por esta Ley, da lugar a falta disciplinaria gravísima
Medida para garantizar la favorabilidad
- Las convenciones colectivas celebradas por niveles de industria, rama de actividad económica, o gremio gozaran de una presunción de aplicación preferente, sobre las convenciones colectivas de inferior nivel, pero en todo caso se aplicaran las cláusulas más favorables para el trabajador y el sindicato, sin que implique la inaplicación de la totalidad de los convenios.
- Los convenios colectivos celebrados por niveles superiores a los de empresa, estipularán una Comisión Paritaria Permanente del Convenio, la cual será competente para:
 - (i) interpretar el convenio firmado,
 - (ii) inaplicar la convención colectiva frente a convenciones de inferiores niveles más favorables,
 - (iii) Actuar como veedores frente a la consagración de cláusulas de

inaplicación salarial convenidas con los sindicatos de empresa, y en casos de abuso de la misma iniciar un proceso laboral de revisión

- El principio de favorabilidad para la interpretación de convenciones, no implica la inaplicación de la totalidad de alguna de las convenciones, sino que se deberá estudiar en cada cláusula en concreto la norma mas favorable

Medidas para garantizar la negociación libre, voluntaria y de buena fe

- No podrá establecerse por convenciones colectivas de niveles de industria, actividad económica o gremiales normas que excluyan o limiten el derecho de representación y el derecho de negociación colectiva de sindicatos de base o empresa
- No podrán estipularse cláusulas de inaplicación de convenios colectivos de niveles superiores, por excepción sólo podrá producirse una cláusula de inaplicación salarial, por acuerdo convencional entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así se justifique por la situación económica de la empresa. De no existir acuerdo, la discrepancia será solventada por la Comisión Paritaria Permanente del Convenio.

2. Para que estas normas sean compatibles con la legislación actual, se deberá derogar expresamente el Decreto 904 de 1951 que prohíbe la existencia de mas de una convención colectiva por empresa, para dar la posibilidad de que existan varias convenciones colectivas en una empresa, siempre que estas sean de diversos niveles, así:

Medida para garantizar la negociación libre, voluntaria y de buena

fe

- No podrán existir más de una convención colectiva vigente, y del mismo nivel, en una empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la celebrada con el sindicato más representativo según el censo sindical del último año es la única vigente para todos los efectos legales.

5.3 Frente a la negociación colectiva en empleados públicos

En el punto 5.2 se pudieron establecer medidas para determinar los ámbitos de negociación colectiva en lo público, y de la misma manera determinar los sujetos de negociación por parte de los trabajadores, pero se hace necesario que el sujeto de negociación por parte de los empleados públicos sea integrado por personas que representen instituciones competentes y que puedan comprometer a las diversas entidades públicas en sus presupuestos, es decir quienes tengan capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones por parte de las entidades públicas.

Sujetos de la negociación de entidades públicas

- **Unidad de Negociación Estatal:** Unidad de Negociación: Las convenciones colectivas de entidad pública, de niveles superiores, o los de grupo de entidades públicas, serán celebradas a través de una unidad de negociación, compuesta por cinco (5) representantes de la parte gubernamental-empleadora y cinco (5) por la parte trabajadora. Los cuales, se presumen con plenos poderes para celebrar y suscribir en nombres de las partes que representan los acuerdos a que lleguen en la etapa de arreglo directo. Estos acuerdos no podrán ser replanteados o modificados en etapas posteriores del conflicto colectivo

En todo tipo de negociaciones colectivas del sector público podrá participar a petición de parte, un representante de la defensoría del pueblo con voz pero sin voto

- **Representantes de grupos de entidades centralizadas y descentralizadas de carácter nacional:** Serán representantes Estatales en las negociaciones colectivas de niveles superiores de entidades centralizadas, el Ministro de la protección Social, el Ministro de Hacienda, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a viceministro. El Contralor General de la Republica o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía

inferior a vicecontralor, contralor departamental o contralor municipal. El director general del departamento administrativo de la función pública, o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a director de departamento. Habrá un representante designado entre las entidades que comprenda la negociación colectiva, si la negociación es de nivel de grupo de entidades descentralizadas de carácter nacional habrá un representante designado entre las entidades que comprenda la negociación colectiva.

- Representantes de las negociaciones departamentales: Si la negociación es de nivel departamental será representante el Presidente de la asamblea departamental, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a diputados. El Gobernador de departamento, o a aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener jerarquía inferior a secretario de gobierno. Un representante del misterio de la protección social, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a viceministro y excepcionalmente de director territorial. El Contralor departamental o aquellos en quienes delegaran su competencia, a los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a contralor auxiliar o subcontralor. El subdirector general del departamento administrativo de la función pública, o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a director de departamento
- Representantes de las negociaciones distritales o municipales: Si la negociación es de nivel municipal o distrital será representante el presidente del consejo municipal, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a concejales. El Alcalde del municipio o a aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener jerarquía inferior a secretario de gobierno. Un representante del misterio de la protección social, o aquellos en quienes delegaran

su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a viceministro y excepcionalmente de director territorial. El Contralor municipal o en su defecto el contralor departamental, o aquellos en quienes delegaran su competencia, a los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a contralor auxiliar o subcontralor. El subdirector general del departamento administrativo de la función pública, o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a director de departamento

- Representantes de las negociaciones de niveles superiores en entidades descentralizadas: Si la negociación es de nivel de grupo de entidades descentralizadas de cada uno de los niveles territoriales, el representante será el designado entre las entidades que comprenda la negociación colectiva. El Gobernador o el Alcalde dependiendo del nivel territorial de negociación, o a aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener jerarquía inferior a secretario de gobierno. Un representante del misterio de la protección social, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a viceministro y excepcionalmente de director territorial. El Contralor departamental o municipal dependiendo del nivel territorial de la negociación, o aquellos en quienes delegaran su competencia, a los que en ningún caso deberá tener una jerarquía inferior a contralor auxiliar o subcontralor. El subdirector general del departamento administrativo de la función pública, o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a director de departamento
- Representación de las negociaciones en niveles superiores de grupo de entidades descentralizadas por servicios: Si la negociación es de nivel de grupo de entidades descentralizadas por servicios el representante será el designado entre las entidades que comprenda la negociación colectiva. El Gobernador o el Alcalde dependiendo del nivel territorial de negociación, o a aquellos en quienes delegaran

su competencia, los que en ningún caso deberán tener jerarquía inferior a secretario de gobierno. Un representante del misterio de la protección social, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a viceministro y excepcionalmente de director territorial. El Contralor departamental o municipal dependiendo del nivel territorial de la negociación, o aquellos en quienes delegaran su competencia, a los que en ningún caso deberá tener una jerarquía inferior a contralor auxiliar o subcontralor. El subdirector general del departamento administrativo de la función pública, o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a director de departamento

- Representación de las negociaciones de niveles superiores en entidades especiales de origen constitucional: Si la negociación es de nivel de grupo de entidades especiales de origen constitucional el representante será designado entre las entidades que comprenda la negociación colectiva. El Ministro de la protección Social, el Ministro de Hacienda, o aquellos en quienes delegaran su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a viceministro. El Contralor General de la Republica o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a vicecontralor. El director general del departamento administrativo de la función pública, o aquellos en quienes delegara su competencia, los que en ningún caso deberán tener una jerarquía inferior a director de departamento

Para que la negociación colectiva en el sector público cumpla con los convenios 151 y 154 ratificados por Colombia, deben ser negociaciones bilaterales y vinculantes, donde no se vulnere el principio de negociación de buena fe por parte del Estado, para ello se hace necesario tener en cuenta que las consultas no satisfacen el derecho de negociación, pues estas no tienen un carácter vinculante ni bilateral, y en segunda medida que los convenios firmados no pueden ser modificados posteriormente por las partes, para asegurar dicha normatividad

internacional se hace necesario establecer:

Medida para garantizar la negociación bilateral y el principio de la buena fe

- Los convenios colectivos firmados en las unidades de negociación no son revocables ni derogables de manera unilateral por parte de la administración
- Las convenciones colectivas en el sector público, firmadas por las unidades de negociación deberán elevarse mediante decreto, ordenanza departamental, o acuerdo municipal a más tardar en un plazo de treinta (30) días de la suscripción del mismo. De lo contrario se presumirá que el acuerdo tiene fuerza de decreto, ordenanza o acuerdo.
- La convención colectiva firmada regirá para las partes que participaron directamente en la negociación. Con el pertinente decreto, ordenanza departamental o acuerdo municipal y el texto completo de aquel será remitido en el plazo de cinco (5) días para su registro y publicación. El acuerdo regirá formalmente a partir del día siguiente al de su publicación, y se aplicará a todos los empleados, organismos o entes comprendidos. De no cumplirse con el término de la publicación se entenderá vigente para todos los trabajadores comprendidos desde el momento de la firma de la convención en la unidad de negociación.

Las convenciones colectivas firmadas por entidades estatales deben estar conforme a los presupuestos de las mismas, por ello se deben realizar las negociaciones en un término previo y razonable al término legal de presentación del proyecto de presupuesto de las respectivas entidades públicas.

- Para asegurar el cumplimiento del convenio firmado por la unidad de negociación respecto a las afectaciones presupuestales que esta diera lugar, los convenios colectivos deberán ser firmados por lo menos con dos (2) meses de antelación al término legal de presentación del proyecto de presupuesto de la respectiva entidad pública, sobre la cual recae la obligación de respetar la convención firmada

e incluirla dentro de su presupuesto

Parágrafo: Si la convención colectiva firmada no cumple con este requisito, se entenderá que los aspectos que afecten directamente el presupuesto solo producirán efectos para el siguiente periodo presupuestario, pero las demás normas sobre condiciones de trabajo tendrán plena vigencia

Existe una limitación desde la normatividad constitucional respecto a la negociación colectiva de empleados públicos, pues algunos temas son ajenos, por disposición constitucional, a la posibilidad de negociarse por medio de convenciones colectivas, hasta tanto no se realicen actos legislativos que modifiquen la constitución.

- La negociación colectiva en el sector público podrá comprender todas las cuestiones laborales que integran la relación del empleo, tanto las de contenido salarial como las vinculadas a la productividad y eficacia de servicio y condiciones de trabajo, quedando excluidas del objeto de negociación colectiva:
 - A. Requisitos y beneficios pensionales, Acorde al art. 48 adicional por el acto legislativo 01/05 C. P.
 - B. Responsabilidad de los servidores públicos
 - C. Límites a la aplicación del régimen de carrera
 - D. Régimen laboral de empleados de notarias
 - E. Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos
 - F. Régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales
 - G. Fijar dotaciones y emolumentos de la administración central
 - H. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo
 - I. Fijar emolumentos de los empleos de dependencias de las gobernaciones acorde al art. 305 núm. 7 C. P.
 - J. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos

Parágrafo: Para no afectar con nulidad los actos relacionados con los literales C), D), E), F), G), H), I), J), Es necesario que las autoridades que expidan dichos actos realicen consultas con las organizaciones de trabajadores mas representativas, respetando el principio de buena fe de los convenios 87 y 98 de OIT.

Parágrafo 2: (que adiciona a la Ley 4 de 1992) El Gobierno Nacional podrá fijar prestaciones mínimas y máximas, las cuales podrán ser sujetas a negociación colectiva sin disminuir ni exceder los topes fijados por el Gobierno Nacional

Respecto a otros derechos que son inherentes a la negociación colectiva como fueros sindicales, no resulta excluyente el CST, en relación a los permisos sindicales estos deberá contemplarse dentro de la negociación colectiva firmada.

- Los aspectos no contemplados en forma expresa por el acuerdo se regirán por las normas vigentes.

